

La Radiation des Inscriptions hypothécaires profitant aux Sociétés

Responsabilité du Conservateur

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

*Soutenue publiquement dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit
le Mardi 4 Avril 1933, à 16 heures*

PAR

JEAN GASCHET

JURY D'EXAMEN :

M. LEPARGNEUR, Professeur, *Président de la Thèse.*

M. GOMBEAUX, Professeur

M^{lle} JACK, Chargée de Cours

} *Suffragants.*

SAUMUR

Imprimerie MAURICE CHEVALIER

6, rue du Puits-Tribouillet

—
1933

La Radiation des inscriptions hypothécaires profitant aux Sociétés

Responsabilité du conservateur

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

*Soutenue publiquement dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit
le Mardi 4 Avril 1933, à 16 heures*

PAR

JEAN GASCHET

JURY D'EXAMEN :

M. LEPARGNEUR, Professeur, <i>Président de la Thèse.</i>	
M. GOMBEAUX, Professeur	} <i>Suffragants.</i>
M ^{lle} JACK, Chargée de Cours	

SAUMUR
Imprimerie MAURICE CHEVALIER
6, rue du Puits-Tribouillet

—
1933



UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1932-1933

DOYEN :

MM. HENRY NÉZARD (* I. ☞).

DOYEN HONORAIRE :

EUSTACHE PILON (* I. ☞).

ASSESEUR DU DOYEN :

GOMBEAUX (I. ☞).

PROFESSEURS HONORAIRES :

CABOUAT (O. * I. ☞).

DEGOIS (I. ☞).

PROFESSEURS :

NÉZARD (* I. ☞), professeur de Droit administratif, chargé du Cours de Législation minière.

GOMBEAUX (I. ☞), professeur de Droit civil, chargé du Cours de Droit international privé.

BRIDREY (I. ☞), professeur de Droit romain, chargé du Cours d'Histoire du Droit public.

LEPARGNEUR (I. ☞), professeur de Droit commercial, chargé du Cours de Droit maritime et du Cours de Notariat et Enregistrement.

NOYELLE (A. ☞), professeur d'Economie politique.

LEMONNIER (A. ☞), professeur de Droit civil, chargé du Cours de Législation industrielle.

PERREAU (A. ☞), professeur de Droit criminel, chargé du Cours de Droit civil approfondi et comparé.

DEMONTÈS (A. ☞), professeur de Droit civil.

LAMPUÉ, professeur de Droit international public et de Droit constitutionnel, chargé du cours de Droit administratif.

YVER, professeur d'Histoire du Droit français et d'Histoire du Droit privé.

LEDUC, agrégé, chargé d'un cours d'Economie politique, du Cours d'Histoire des Doctrines économiques et du Cours de Législation financière.

BESNIER, agrégé, chargé d'un cours de Droit romain et du cours d'Histoire de la Coutume de Normandie.

Mlle JACK, chargée du cours de Procédure civile et Voies d'exécution.

SECRÉTAIRE :

M. ROUX (I. ☞, ☞, ☞), secrétaire des Facultés de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Abréviations

<i>Al.</i>	Alinéa.
<i>Ann. de dr. co.</i>	Annales de droit commercial.
<i>Arg.</i>	Argument.
<i>C.</i>	Code.
<i>C. civ.</i>	Code civil.
<i>Cass. civ.</i>	Cour de cassation, chambre civile.
<i>Cass. civ. rej.</i>	Cour de cassation, chambre civile, rejet.
<i>Cass. req.</i>	Cour de cassation, chambre des re- quêtes.
<i>C. comm.</i>	Code de commerce.
<i>Cf.</i>	Conférer.
<i>C. pr. civ.</i>	Code de procédure civile.
<i>D. H.</i>	Recueil périodique et critique de la ju- risprudence générale Dalloz.
<i>D.</i>	Recueil hebdomadaire de la jurispru- dence générale Dalloz.
<i>D. J. G.</i>	Répertoire alphabétique Dalloz.
<i>D. R. P.</i>	Répertoire pratique Dalloz.
<i>Doc. Ch.</i>	Documents de la Chambre des députés.
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais.
<i>Inf.</i>	Infra.
<i>J. des conservateurs</i>	Journal des conservateurs.
<i>J. des soc.</i>	Journal des sociétés.
<i>J. E.</i>	Journal de l'Enregistrement.
<i>J. Off.</i>	Journal Officiel.
<i>L.</i>	Loi.
<i>N.</i>	Numéro.
<i>Rép. gén. alph. du dr. fr.</i>	Répertoire général alphabétique du droit français.
<i>Rev. des soc.</i>	Revue des sociétés.
<i>Rev. tr. de dr. civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil.
<i>S.</i>	Recueil de jurisprudence Sirey.
<i>Suppl.</i>	Supplément.
<i>T.</i>	Tome.
<i>Trib.</i>	Tribunal.
<i>V.</i>	Voir.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546417_0008

Index Bibliographique

- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 5^e édition, tome III, 1900.
- BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES. — *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^e édition, 3 volumes, 1907.
- BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^e édition, tome XXIII, 1907.
- BOULANGER et DE RÉCY. — *Traité des radiations hypothécaires*, 3^e édition, tome I, 1909.
- GUILLOUARD. — *Traité des privilèges et hypothèques*, 1896-1899, 4 volumes.
- HOUPIN et BOSVIEUX. — *Traité théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 6^e édition, 3 volumes, 1929.
- JACQUET et VÉTILLARD. — *Traité de la mainlevée d'hypothèque et des radiations d'inscriptions*, 1923.
Dans le *Journal des conservateurs*.
Dans le *Journal des sociétés*.
- LAURENT. — *Principes de droit civil*, tomes XXIX, XXX, XXXI, 5^e édition, 1893.
- LACOUR et BOUTERON. — *Précis de droit commercial*, 1925, tome I.
- LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial*, 4^e édition, tome II, en 2 volumes, 1908-1909.
- PLANIOL, RIPERT et LEPARGNEUR. — *Traité pratique de droit civil*, 1932, tome XI (*Sociétés et Associations*).

- PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ. — *Traité pratique de droit civil*,
tome XIII, 1930.
- PONT. — *Commentaire-traité théorique et pratique des privi-
lèges et hypothèques et de l'expropriation privée*,
3^e édition, 1883.
- PONT. — *Traité des sociétés*, 1872-1880.
- THALLER et PERCEROU. — *Traité élémentaire de droit com-
mercial*, 8^e édition, tome I, 1931.
- THALLER et PIC. — *Des sociétés commerciales*, 3 volumes, 2^e
édition, 1926.
- TROPLONG. — *Commentaire du titre XVIII du Code civil*, 5^e
édition, 4 volumes, 1854.
- WAHL. — *Précis théorique et pratique de droit commercial*,
1922.
-

Introduction

§ 1. — Les conservateurs des hypothèques

Les conservateurs des hypothèques sont des fonctionnaires préposés à la tenue des registres destinés à la transcription des actes translatifs de propriété entre vifs et à l'inscription des hypothèques (1). Ils sont les gardiens de ce système de publicité, institué pour la sécurité des acquéreurs et des prêteurs, le crédit des vendeurs et des emprunteurs.

L'hypothèque, droit réel concédé au créancier, se constitue par acte notarié (C. civ., art. 2157); elle s'éteint, soit d'une façon accessoire, en même temps que la créance, soit d'une façon principale, sans la créance (C. civ., art. 2180). Lorsqu'elle est constituée, le bénéficiaire s'empresse de requérir l'inscription au bureau du conservateur de la situation du bien. Du jour de l'accomplissement de cette formalité, elle

(1) Cf. loi du 21 ventôse an 7, art. 3. (C. civ., art. 2134). Bien qu'ils touchent un salaire, ils ne sont pas des officiers publics, car ils n'ont pas sur leur emploi droit de disposition (arg. I. 28 avril 1816, art. 91). Voir aussi note WAHL, sous S., 1910. I. 450. Toutefois, lorsqu'ils relatent sur leurs registres les inscriptions d'hypothèques, on a pu dire qu'ils dressaient de véritables actes publics; ceux-ci ne peuvent être attaqués qu'au moyen de la procédure de l'inscription de faux. D'autre part, comme nous aurons l'occasion de le voir, leur responsabilité est foncièrement différente de celle des autres fonctionnaires; elle se rapproche par exemple beaucoup de celle des agents de change auxquels on reconnaît la qualité d'officiers publics. Voir également *infra* p. 42. En somme, ils tiennent peut-être tout à la fois et du fonctionnaire et de l'officier public (v. BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 2603).

prend le pas sur les créances hypothécaires qui, nées antérieurement, ne seront publiées qu'après elle, et devient opposable aux acquéreurs qui ont postérieurement transcrit. L'instrument de crédit qu'est l'hypothèque est singulièrement perfectionné par l'inscription.

§ 2. — La radiation

L'hypothèque éteinte, il faut pouvoir obtenir la prompte disparition de l'inscription qui n'a plus sa raison d'être; elle est le signe de l'hypothèque, et, tant qu'il se manifeste, les tiers sont fondés à la considérer comme existante. Le débiteur, qui a besoin de tout son crédit, ne manque pas d'exiger la mainlevée du créancier remboursé; celle-ci acceptée, il requiert le conservateur de supprimer, sur ses registres, la trace de l'hypothèque éteinte, opération que l'on appelle la radiation volontaire; à défaut du consentement du créancier, le débiteur a la ressource de s'adresser au tribunal civil de l'arrondissement, qui a qualité pour ordonner la radiation; elle est dite alors judiciaire (C. civ., art. 2157).

Nous sommes donc en présence d'une institution qui a pour but de mettre les registres en harmonie avec la réalité des choses; elle prend jour normalement après extinction de l'hypothèque; cela est le plus fréquent, mais elle peut être employée au gré du créancier qui conserve intacts son droit et sa sûreté; elle a pour but, dans ce cas, de venir en aide au débiteur. Nous avons ainsi, à côté de la mainlevée d'une créance soldée, la mainlevée consentie sans paiement constaté (2).

(2) BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 1828 et 1842; PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, n. 844.

§ 3. — Le rôle du conservateur

Que ce soit en matière de transcription, d'inscription ou de radiation, en principe, le conservateur n'agit pas d'office (3); il ne prend pas d'initiative, il attend d'être requis. Mais, alors que pour procéder à la transcription et à l'inscription, il obéit purement et simplement à la volonté des parties, lorsqu'il radie au contraire, il exerce un certain contrôle (4); il n'obéit pas passivement, il s'assure du consentement des parties intéressées et de leur capacité et qualité (C. civ., art. 2157). Si elles sont incapables, elles doivent être, suivant les cas, ou bien représentées, ou bien munies des autorisations nécessaires; si elles sont autres que les titulaires de l'inscription, elles doivent, suivant les cas, justifier de leurs pouvoirs ou déposer le titre qui fait passer sur leur tête le droit d'hypothèque. Vérification faite, le conservateur radie, sauf à s'assurer que cette formalité n'est interdite ni par les termes de l'inscription, ni par une disposition légale.

Une radiation indûment opérée risque de causer au créancier un préjudice irréparable si, avant la réinscription, de nouveaux créanciers ont publié leur droit (5). Celle-ci ne prend rang, en effet, qu'à sa nouvelle date, et le créancier réinscrit est primé par ceux antérieurs. On ne peut faire supporter par les parties insuffisamment instruites de la gravité de leur acte, un tel dommage quand il est imputable à la négligence du conservateur qui n'a pas vérifié, comme il convient, consentement et capacité. C'est alors à lui qu'incombe la réparation du

(3) BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, II, n. 1609.

(4) BOULANGER, n. 23; JACQUET et VÉTILLARD, pp. 11, 39; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 1817; PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, n. 864; WAHL, diss. *Rev. tr. de droit civil*, 1914, p. 641.
Civ., 12 juillet 1847, S., 47. I. 506.

(5) BOULANGER, n. 2.

préjudice (6). On comprend donc la prudence des conservateurs si justement préoccupés de mettre leur responsabilité à couvert.

C'est ce qui a déterminé les auteurs du Code à leur accorder le droit d'exiger que la mainlevée et les pièces à l'appui soient passées en la forme notariée, qui leur apporte une garantie dont ils ne sauraient se passer : l'authenticité (7).

§ 4. — Plan

Nous nous proposons d'étudier ces principes dans une première partie ; leur application aux sociétés fera l'objet de la seconde ; elle en sera l'illustration et nous fournira le moyen d'observer leurs réactions au contact des faits divers et complexes ; elle nous permettra de les retoucher, de les préciser et de les compléter, d'étudier certains côtés particulièrement attachants des questions préalablement soulevées et de mieux comprendre, dégagé des abstractions, le vrai rôle du conservateur.

§ 5. — Intérêt de cette étude

Ce qui fait l'intérêt de cette étude, c'est d'abord la place prépondérante prise, dans le droit commercial, par les sociétés, dont le nombre et l'ampleur n'ont cessé de croître depuis un siècle, c'est aussi leur complexité qui a sa cause dans la variété des types, la multiplicité des organes, la complication du réseau des formes, c'est enfin, pour la moindre négli-

(6) BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 2611 et s. ; JACQUET et VÉTILLARD, p. 58 et s.

(7) AUBRY et RAU, III, § 281, note 15, p. 635 ; BAUDRY-LANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 1852 ; GUILLOUARD, III, n. 1431 ; PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, n. 850.

gence, la responsabilité que risque d'encourir le conservateur, responsabilité d'autant plus lourde que les inscriptions portent, en cette matière, sur des sommes considérables. Sa tâche, bien loin d'être facilitée, est encore rendue plus ardue par la rédaction trop souvent défectueuse des statuts, par l'imprévoyance des sociétés, leur ignorance même, leur désir de limiter les frais et, parfois, leur indifférence à se préoccuper de suivre ponctuellement les formes exigées (8).

Pour éviter les procès, certains conservateurs vont bien loin dans la conciliation. Ce n'est pas nous qui irons leur en adresser le reproche; mais on ne saurait, sans injustice, les taxer d'intransigeance; il ne faut jamais perdre de vue qu'ils agissent sous leur responsabilité (9). Importance des intérêts en jeu, résistances injustifiées des sociétés, complexité de la matière, irrégularités multiples : voilà qui ne facilite pas la tâche du conservateur. Nous essaierons de la préciser. Disons pour le moment que notre tendance sera à la simplification (10); en matière commerciale, en effet, il est mauvais de s'encombrer de trop de formalités; la rapidité est la condition de la réussite des affaires; il faut pouvoir prendre une décision rapide. Toutefois, nous ne négligerons pas le légitime souci de garantie des conservateurs; en somme, la conciliation de ces deux tendances : sécurité, rapidité, tel restera notre but.

(8) En fait, il est bien rare que les sociétés fournissent la preuve légale et complète. On en a vu qui estimaient pouvoir suppléer au défaut de représentation des statuts, par un acte de notoriété, voire même par un certificat du commissaire de police. Cf. *infra*, p. 99, note (24).

(9) Voir *infra*, p. 72 et s.

(10) Voir *infra*, p. 46 et 163.

PREMIÈRE PARTIE

Les Principes généraux de la Radiation

La responsabilité du conservateur

CHAPITRE PREMIER

La Radiation

SECTION I. — DÉFINITION

Suivant l'excellente définition de M. de Loynes (1), la radiation consiste dans l'anéantissement juridique d'une inscription. Sur la présentation qui lui est faite de l'acte de mainlevée portant consentement du créancier à l'abandon de la marque de son hypothèque, le conservateur fait une annotation (2) sur le registre des inscriptions; il mentionne en marge de l'inscription que celle-ci doit être considérée comme ayant cessé de produire ses effets et relate l'acte en vertu duquel il opère. Pour que l'intention des parties ressorte plus nettement, que l'on puisse, s'il y a lieu, faire renaître l'inscription à sa date primitive et qu'il soit possible, en cas de radiation partielle, de préciser dans quelle mesure l'inscription est éteinte, le conservateur n'efface, ni ne biffe, ni ne bâtonne. Et c'est pourquoi, observe fort justement M. de Loynes, le mot radiation est impropre; il y a anéantissement non pas matériel, mais juridique (3).

Remarquons en passant que cette façon d'opérer s'ac-

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 1815.

(2) BOULANGER, n. 3.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 1815; voir aussi PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, n. 844.

corde bien avec notre système hypothécaire, qui tend à généraliser le système des mentions en marge des registres. C'est le procédé qui est le plus propre à mettre en relief les volontés des parties requérantes; s'il a l'inconvénient de surcharger parfois les registres, il présente, par contre, l'avantage de diminuer les risques d'erreur et de simplifier les recherches.

Une inscription radiée, c'est comme si elle n'avait jamais été prise; le conservateur se gardera bien d'en faire mention dans les états qu'il délivre.

SECTION II. — SA GRAVITÉ

La radiation est un acte particulièrement grave, car elle entraîne, sinon la perte de l'hypothèque elle-même, du moins la perte du rang (4). C'est, sans doute, une des raisons pour lesquelles on exige que l'acte de mainlevée soit rédigé en la forme authentique, le notaire ayant le devoir d'éclairer les parties de ses sages conseils et de les mettre en garde contre les dangers de l'acte qu'elles ont dans l'idée d'accomplir (5).

Quant au conservateur, la loi l'astreint, avant que de formaliser, à un examen sérieux de la forme de la mainlevée, de la capacité et de la qualité du requérant (6); s'il commet quelque faute, il risque de voir sa responsabilité engagée (C. civ., art. 1382) (7). Au contraire, en matière d'inscription, de même qu'en matière de délivrance d'état, son rôle est purement passif. Cette différence est fortement marquée par un

(4) D. J. G., Priv. et hyp., n. 2665.

(5) JACQUET et VÉTILLARD, p. 13; v. J. des conservateurs, 6645.

(6) V. sup., p. 13, note (4).

(7) V. sup., p. 14, note (6).

arrêt (8) de la Cour de cassation belge, dont les attendus précisent bien « qu'il n'y a aucune analogie entre le rôle dévolu
« au conservateur lorsqu'il délivre un certificat qui lui est de-
« mandé, et celui tout différent qui lui est imparti quand une
« réquisition lui est adressée aux fins de radiation d'une ins-
« cription, que dans la première hypothèse il procède comme
« simple organe de la publicité hypothécaire, telle qu'elle a
« été conçue, que dans la seconde hypothèse, au contraire, il
« doit se livrer spontanément aux vérifications nécessaires
« pour s'assurer qu'aucun obstacle n'existe, dans ses regis-
« tres, à ce que la mainlevée soit mise à exécution par la ra-
« diation requise, et spécifier cet obstacle, s'il y a lieu (9) ».

Pourquoi son rôle est-il si différent d'une formalité à l'autre ? La première consiste en l'exécution servile des volontés des parties ; il se borne à écrire, tel un greffier, le nom sur un registre, sans avoir à procéder à quelque examen, ni à prendre quelque initiative. Au contraire, lorsqu'il accomplit la seconde formalité, il se livre à un examen, au résultat duquel il obtempère ou non à la réquisition. Et pourtant, la réquisition de radiation est juste l'inverse de la réquisition d'inscription. D'où vient que le conservateur procède de façon si différente dans les deux cas ?

Cela s'explique ; en effet, une inscription prise à la légère ne sera pas, en général, cause d'un grave préjudice ; elle ne

(8) Cass., 15 mars 1917. *J. des conservateurs*, 8311 ; voir Amiens, 14 juin 1890, D., 1891. 2. 321 (voir les conclusions de M. le Procureur général NAQUET) ; voir aussi cass. civ., 15 mai 1901, D., 1902, I. 441, note DE LOYNES.

(9) Voir également *J. des conservateurs*, 10814. Ainsi voyons-nous qu'en matière de radiation et qu'en cette matière seule, le conservateur joue un rôle analogue à celui du juge foncier. A noter que dans les pays où l'on tient des registres fonciers la transcription s'analyse en un acte double, dont le premier est, dans le vrai sens du mot, une radiation.

nuira ni aux créanciers antérieurement inscrits qui n'auront pas à subir ses effets, ni aux créanciers postérieurs qui la connaissent au moment du prêt et savaient qu'ils étaient primés. Le fait de sa nullité sera pour eux une heureuse circonstance qui augmentera leur chance de remboursement intégral. L'hypothèque irrégulièrement inscrite nuira assurément au débiteur, dont le crédit va se trouver diminuer, et qui pourrait, de ce chef, arguer d'un préjudice; mais il sera d'autant moins important que l'erreur sera facilement réparable; il suffira de faire disparaître l'inscription, pour rétablir la situation vraie. Par contre, un refus, même un simple retard pourrait, il est facile de le comprendre, causer au requérant un grave dommage. En matière de radiation, c'est le fait inverse qui est à redouter. Refuser d'inscrire peut être grave, refuser de radier peut l'être aussi, mais à un degré moindre; le danger, c'est de radier à la légère (10). Le conservateur doit s'entourer de toutes les précautions, car « Faire effacer l'inscription, c'est le plus souvent frapper de mort le droit d'hypothèque » (11).

SECTION III. — ELLE RÉPOND A UN BESOIN

Mais s'il est bon que le conservateur soit prudent, il ne doit pas toutefois se montrer par trop exigeant. C'est qu'en

(10) Tr. civ. Seine, 26 janv. 1931. *J. des conservateurs*, 10814.

(11) BOULANGER, n. 2, *in fine*, et n. 30, *in fine*. Le créancier réinscrit risque, en effet, de venir en un rang tellement défavorable que son hypothèque ne lui sera plus d'aucun secours. Dans l'hypothèse où le débiteur vend le bien grevé, sitôt la nouvelle transcription effectuée, le créancier ne pourra même plus se réinscrire. Signalons par ailleurs qu'une hypothèque non inscrite n'est même point opposable aux créanciers chirographaires, ce qui fait une différence avec la transcription.

effet la radiation répond à un besoin (12). Ainsi, une personne désire emprunter ; elle trouverait bien prêteur sur hypothèque, mais à condition que ses biens soient nets de toute charge ; ou bien, un propriétaire veut faire argent de son bien ; il le vendra mal s'il est grevé. Les créanciers hypothécaires postérieurs auront également intérêt à faire disparaître la trace de l'hypothèque ; la radiation faite, ils sentent leur gage plus sûr et sont peut-être moins pressés de provoquer la vente du bien grevé. Il y a bien la péremption (C. civ., art. 2154) qui, au bout de dix ans, produit un effet sensiblement analogue, et qui a justement pour but de remédier à la négligence de certains débiteurs ; mais il faut dire que ce délai est beaucoup trop long pour les individus qui font fréquemment appel au crédit ; d'autre part, il y a de nombreuses inscriptions qui échappent à la péremption (13).

SECTION IV. — LA RADIATION JUDICIAIRE ET LA RADIATION VOLONTAIRE

La radiation peut être opérée, soit en vertu d'un acte par lequel le créancier donne mainlevée de l'inscription d'hypothèque prise à telle date, sur tel registre, à tel numéro, pour

(12) Lorsque l'inscription est devenue sans objet, la radiation s'impose ; le crédit l'exige, peu importe que la loi l'ait ou non prévue (cf. l'arrêt de la Cour de Nancy du 21 mars 1902, D., 1903, 2. 169, et la note où M. ROBERT estime que, malgré le silence de la loi du 1^{er} mars 1898 sur le nantissement du fonds de commerce, c'est à bon droit que le débiteur exige la radiation d'une inscription devenue sans objet). Une hypothèque indélébile, ce serait, pour reprendre l'expression du Président du tribunal de commerce de la Seine (audience du 21 janvier 1903, voir *La Loi* du 22 janv.), « comme une tunique de Nessus attachée aux flancs du débiteur ».

(13) Ce sont celles prises au profit du Crédit foncier (décret du 28 févr. 1852), des caisses de Crédit agricole (L. 5 août 1920 ; art. 34 du décret du 9 février 1921), des sociétés de Crédit immobilier (L. 19

sûreté de telle somme, sur tels biens, soit en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée (C. civ., art. 2157); dans le premier cas, elle est dite volontaire parce qu'elle procède du consentement du créancier : cela sera le plus fréquent. Dans le second cas, elle est dite judiciaire ou forcée; c'est ce qui se produit quand le consentement du créancier fait défaut (C. civ., art. 2159), ou encore « lorsque l'inscription a été « faite sans être fondée ni sur la loi, ni sur un titre (14) ou « lorsqu'elle l'a été en vertu d'un titre soit irrégulier, soit « éteint ou soldé ou lorsque les droits de privilège ou d'hypothèque sont effacés par les voies légales » (C. civ., art. 2160). On fera également appel aux tribunaux, si le conservateur refuse d'obtempérer à la réquisition (15); ces jugements seront souvent rendus d'accord entre les parties et le conservateur; ces jugements d'expédient sont surtout nombreux dans la matière difficile des sociétés, à cause de la gravité que pourrait présenter, dans certains cas, la radiation d'une inscription portant sur une somme considérable. Nous laisserons de côté, dans notre étude, les radiations judiciaires; observons d'ailleurs qu'au fur et à mesure que les controverses juridiques sont aplanies, leur nombre tend fatalement à diminuer.

avril 1921), du Crédit hôtelier (L. 30 juin 1923), des Unions de crédit artisanales (L. 2 août 1932); sont également dispensées du renouvellement décennal les inscriptions des hypothèques garantissant les prêts faits par l'Etat aux offices d'habitations à bon marché (*J. des conservateurs*, 10668).

(14) Req., 5 mai 1874, D., 75. 1. 20, S., 76, 1, 77.

(15) JACQUET et VÉTILLARD, p. 434 et s.

CHAPITRE II

Conditions de fonds de la mainlevée

La mainlevée est l'acte en vertu duquel le créancier inscrit consent l'abandon de son rang et demande au conservateur d'effectuer la radiation (1). Elle est un acte juridique et, comme tout acte juridique, sa validité est subordonnée à des conditions de fond et de forme. Les premières sont indiquées dans l'article 2157 du Code civil : « La mainlevée procède « du consentement des parties intéressées et ayant capacité à « cet effet ».

SECTION I. — LE CONSENTEMENT

§ 1. — Qualités qu'il doit présenter

Le consentement émane du créancier qui déclare faire abandon de son inscription ; il doit être clair, explicite et non assorti de conditions. Il faut que le conservateur sache avec certitude, lors de la présentation de l'acte de mainlevée, quelle inscription il a à rayer (2) ; si le créancier consent une radiation partielle, qu'il dise s'il entend faire une réduction du gage ou de la somme. Si le conservateur a des doutes sérieux, il fera bien de s'abstenir jusqu'à plus amples renseignements ;

(1) JACQUET et VÉTILLARD, p. 13.

(2) JACQUET et VÉTILLARD, p. 20 et s.

au besoin, il attendra qu'un nouvel acte lui donne certitude; sinon, il s'expose peut-être à une action en dommages-intérêts de la partie lésée; le cas notamment, où l'identité des personnes n'est pas minutieusement indiquée, est assez fréquent, car on n'attache pas à ce point, lors de l'inscription, surtout en matière d'hypothèques judiciaires, l'importance que l'on devrait (3).

§ 2. — Il doit être exprimé dans l'acte de mainlevée

Il faut encore que le consentement soit exprimé dans un acte de mainlevée. Un conservateur qui saurait, par ses connaissances personnelles ou par des recherches extrinsèques, que telle inscription ne répond plus à la réalité, ne devrait pas radier. Cela ressort nettement de la loi (art. 2158) et de plusieurs décisions jurisprudentielles, en particulier d'un arrêt de la Cour de Nancy du 26 décembre 1840 : « Si la cause qui
« anéantit l'obligation principale, anéantit nécessairement
« l'hypothèque qui y est attachée et qui n'en est que l'acces-
« soire, elle laisse subsister l'inscription de cette hypothèque
« jusqu'au moment où elle est radiée; que l'inscription ne
« peut être radiée que du consentement du créancier, ex-
« primé dans un acte authentique » (4). C'est ainsi qu'il ne suffirait pas que le conservateur ait en sa possession tout un ensemble de documents, même s'ils étaient suffisants pour faire preuve vis-à-vis de tout autre (5).

(3) Voir trib. civ. Murat, 14 déc. 1912, *J. des conservateurs*, 6646.

(4) *Bull. ann. enreg.*, I, n. 1260.

(5) Cf. BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, n. 1817, *in fine*.

§ 3. — Le consentement du titulaire de l'inscription est nécessaire et suffisant

Le consentement requis est celui du titulaire de l'inscription ; n'exigera-t-on pas également celui du propriétaire du bien grevé ? La loi semble bien l'exiger, qui, dans l'article 2157, parle « du consentement des parties intéressées ». Or, la partie intéressée, n'est-ce pas principalement le débiteur, le propriétaire du bien grevé ? On est d'accord (6) cependant pour dire que, seul, le consentement du créancier est nécessaire, l'opération étant tout avantage pour le débiteur. Il y a là, dit-on, un acte unilatéral et qui, comme tel, n'exige pas le consentement des deux parties (7). Vainement objecterait-on que, pour la remise de dette, on s'accorde pour exiger le consentement du créancier et du débiteur. Il n'y a aucune assimilation à faire entre ces deux cas. En effet, la remise de dette n'est autre qu'un contrat que l'on dénoue ; et la loi elle-même (C. civ., art. 1285) la qualifie de décharge conventionnelle (8). Au contraire, la mainlevée n'affecte en rien la créance elle-même, et d'autre part la loi se garde bien, et pour cause, de la qualifier de convention. Ajoutons que la radiation est l'acte inverse de l'inscription ; or, pour prendre inscription, le consentement du débiteur n'est pas requis. Cela semble exact aussi dans le cas où la mainlevée entraîne la perte de l'hypothèque ; toutefois, il y a lieu d'observer que la radiation n'est que l'exécution de la mainlevée, qui n'est elle-même que le résultat d'une entente entre créancier et débiteur.

(6) BOULANGER, n. II ; cass., 19 nov. 1855, D. 56. 1. 175.

(7) D. J. G., Priv. et Hyp., n. 2720 et 2722 ; PLANIOL, RIPERT et BÉQUÉ, n. 846 ; GUILLOUARD, III, n. 1417, 1433.

(8) Voir BAUDRY-LACANTINERIE, tome XIV, n. 1767.

§ 4. — Précisions

Par parties intéressées, on entend celles qui ont bénéficié de l'hypothèque, plus précisément, celles qui sont actuellement intéressées au regard des tiers, celles au profit desquelles existe présentement l'inscription : le bénéficiaire originaire, ou bien un héritier, un cessionnaire. Celui-ci, en particulier, devra, pour prouver sa qualité, produire les pièces justificatives de la cession (9). Cette justification se fera soit lors de la mention de subrogation, ainsi qu'il résulte d'un grand nombre de décisions (10), soit au moment même de la radiation, dont la réquisition sera appuyée de toutes pièces relatives à la validité de la cession (11). Il va sans dire qu'en cas d'absence de mention, la radiation pourrait être valablement opérée sur le seul consentement du cédant, propriétaire apparent de l'inscription.

SECTION II. — LA CAPACITÉ

§ 1. — Définition

Outre le consentement, on exige la capacité (C. civ., art. 2157). Ces deux conditions doivent être nécessairement réunies. La capacité, c'est l'aptitude à accomplir les actes juridiques. Sont incapables les personnes qui ne peuvent s'obliger, tout au moins par leurs contrats : mineurs, interdits, etc... ; certains incapables s'obligent, mais à la condition d'être assistés par une personne qui doit les mettre en garde contre les

(9) *J. des conservateurs*, 6645.

(10) Amiens, 14 mai 1890, *J. des conservateurs*, 4078 ; Pau, 23 juill. 1890 ; *J. des conservateurs*, 4906 ; trib. Grenoble, 26 juill. 1911 ; *Revue hypothécaire*, 3848.

(11) Aix, 29 avril 1890, *J. des conservateurs*, 4069.

conséquences de leur actes : les femmes mariées, les mineurs émancipés, les prodigues. Entre ces deux groupes, il n'y a qu'une différence de degré.

§ 2. — La capacité se présume

A propos de la capacité, le Code civil pose un principe capital dans l'article 1123 : « Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ». On exprime souvent ce principe d'une autre façon : la capacité se présume ; c'est à celui qui invoque l'incapacité d'une personne d'en rapporter la preuve, et il ne peut établir la véracité de ses dires qu'en démontrant que cette personne est visée par un texte de loi ; il n'y a pas d'autres incapacités que celles établies par la loi (12).

Il suit de là que le conservateur n'a pas à demander qu'on lui fournisse les preuves que telle personne est capable, si dans l'inscription ou dans la mainlevée, il n'y a rien qui lui fasse supposer le contraire (13). Il n'est pas fondé à réclamer la délivrance d'un acte de naissance, pour s'assurer que la personne qui donne mainlevée est majeure et pleinement libre de ses droits. Mais, lit-il dans l'inscription que le bénéficiaire est mineur, alors la présomption tombe. Ce principe est général et s'applique en toute matière. C'est pourquoi ne nous rangerons-nous pas à l'avis de ceux qui recommandent de refuser la radiation des inscriptions des sociétés civiles d'obligataires, sous prétexte de leur incapacité présumée (Cf *infra*, p. 187 et s.).

(12) JACQUET et VÉTILLARD, p. 28, 29.

(13) Rouen, 18 juill. 1900, *J. des conservateurs*, 5250 ; *Revue hypothécaire*, 2439.

§. 3. — Quelle est la capacité exigée ?

La mainlevée est un acte plus ou moins grave, suivant qu'elle est ou qu'elle n'est pas la suite du paiement de la dette (14).

1^{er} cas : MAINLEVÉE AVEC PAIEMENT CONSTATÉ.

Le premier cas se rencontre le plus souvent : la créance, droit principal, en disparaissant, entraîne avec elle le droit accessoire, l'hypothèque ; il convient d'annihiler l'inscription qui ne correspond plus à rien et qui nuit au crédit de l'ancien débiteur. Qui a capacité pour recevoir paiement a capacité pour donner mainlevée. Aussi cet acte, s'il est interdit au mineur, reste permis au mineur émancipé assisté de son curateur ; il peut l'accomplir même seul, s'il s'agit d'une créance de revenus, ou si, autorisé à faire le commerce, il s'agit d'une créance y relative.

C'est tout de même aller un peu loin que de dire avec Laurent (15) : « Dans cette hypothèse, la capacité est requise « pour la validité du paiement, mais il n'y a point de capacité spéciale exigée pour consentir la radiation. Le paiement étant valable, la radiation l'est aussi. En effet, une fois justifiée la validité du paiement au conservateur, l'incapable pourrait en personne requérir la radiation... Qui pourrait s'en plaindre ? C'est un acte purement conservatoire, il se met à l'abri d'une poursuite judiciaire dont il devrait supporter les frais ».

(14) BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 1828, 1842 ; PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, n. 848 ; AUBRY et RAU, III, § 281, p. 630 et s.

(15) XXXI, n. 155, 158.

2^e CAS : MAINLEVÉE SANS PAIEMENT CONSTATÉ.

Une seconde hypothèse se présente, celle où la mainlevée est donnée, sans qu'il y ait eu paiement (16). En pareil cas, l'acte de mainlevée doit être très explicite, car il peut renfermer une renonciation plus ou moins complète ; il peut renfermer une renonciation au rang ou bien à l'hypothèque ou bien à la créance elle-même. Quelle est la capacité exigée ?

Le dernier cas est particulièrement grave ; c'est l'abandon non seulement de la garantie, mais du droit lui-même : pour accomplir cet acte, il faut être capable de disposer du droit principal qu'est la créance. *Accessorium sequitur principale*.

Au second cas, c'est-à-dire lorsque l'on renonce à l'hypothèque, le droit principal, la créance, subsiste intact : on n'abandonne que l'accessoire ; c'est pourquoi, malgré des auteurs éminents (17) qui s'attachent au caractère immobilier de l'hypothèque et qui exigent en conséquence la capacité de disposer d'un droit immobilier, sommes-nous d'avis de considérer la capacité de disposer de la créance comme suffisante (18). Il serait vraiment choquant d'exiger pour un acte moins grave, une capacité plus étendue, car, et c'est ce qui détermine notre décision, les règles de capacité sont dans l'intérêt des incapables et la protection de ceux-ci doit varier d'après la gravité des actes qu'ils sont appelés à passer.

Enfin, et c'est le troisième cas, on peut n'abandonner ni son droit, ni sa garantie, mais seulement son rang : cet acte présente aussi des dangers, car, si de grosses inscriptions sont

(16) BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 1842 ; PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, n. 849.

(17) GUILLOUARD, III, n. 1424 ; LAURENT, XXXI, n. 156.

(18) Nous nous rangeons ainsi à l'avis de BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 1842.

prises avant la réinscription, le renonçant court le risque de n'être point payé, l'échéance venue : cela peut donc aboutir à la perte de la créance : Il en dispose pour ainsi dire indirectement ; il convient donc de protéger l'incapable contre l'entraînement de sa volonté ; aussi, pour passer valablement un tel acte, faut-il qu'il ait la capacité de disposer de sa créance.

SECTION III. — LA QUALITÉ

§ 1^{er}. — Définition

A ces deux conditions de fond, le consentement et la capacité, nous en ajoutons une troisième qui est voisine de la capacité, mais qui ne se confond pas avec elle : la qualité (19). Avoir qualité, c'est avoir le droit, à un titre quelconque, d'accomplir un acte juridique. Souvent elle ne fait qu'un avec la capacité ; c'est ce qui se produit quand la créance est aux mains du titulaire originaire : s'il est capable, par là même, il a qualité : elle en est la conséquence, ou mieux, un attribut. Mais s'il est incapable, s'il est mineur par exemple, c'est son tuteur qui l'aura ; or, le tuteur a seulement l'exercice du droit : voilà donc en quoi elle consiste.

De même, il y a lieu de faire intervenir cette notion, quand le titulaire originaire a cédé son droit, quand une personne se prétend l'ayant-cause à titre particulier ou universel du titulaire originaire ou son mandataire.

En matière de société, en particulier, la notion de qualité est capitale, alors que celle de capacité proprement dite est sans utilité. En effet, une société agit par l'intermédiaire de

(19) Voir, sur ce point, JACQUET et VÉTILLARD, p. 27 et s.

mandataires et il importe, au premier chef, de savoir s'ils ont qualité et de connaître l'étendue de leurs pouvoirs (20).

§ 2. — Intérêt qu'il y a à la distinguer de la capacité

La distinction de la capacité et de la qualité est de première importance ; car, alors que celle-là se présume, celle-ci doit être prouvée (21). Ainsi, un héritier consent à donner mainlevée ; serait-il capable, ce qui est présumé, il ne s'ensuit nullement qu'il ait qualité ; à lui d'en rapporter la preuve.

Toutefois le conservateur ne serait pas en droit d'exiger qu'on lui fournisse la preuve que le requérant n'a pas perdu qualité (22). C'est ainsi qu'il n'aura pas à rechercher si le mandat a été révoqué (23) ; il appartiendra au mandataire ou au mandant de signifier la révocation aux tiers, qui pourraient arguer de leur bonne foi (24). Dès l'instant que la qualité a été prouvée par preuve littérale, elle s'impose aux tiers et au conservateur en particulier, qui doivent l'admettre aussi longtemps que la preuve contraire n'aura pas été rapportée. Au surplus, comment pourrait-on fournir la preuve d'un fait négatif qui pourrait se produire à tout moment, même à celui précis de la radiation qu'il viendrait vicier ? La vérité est

(20) LAURENT, XXXI, n. 172 ; Req., 19 août 1845 ; S. 45. I. 707.

(21) JACQUET et VÉTILLARD, p. 30.

(22) Bordeaux, 16 août 1876, *Revue Hypothécaire* 1431 ; cf. Rouen, 18 juillet 1900. *J. des conservateurs*, 5250.

(23) *Contra*, LAURENT, XXXI, n. 219. V. aussi Amiens, 31 décembre 1851, *J. des conservateurs*, 745.

(24) L'article 2005 du Code civil dit en effet : « La révocation notifiée « au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité « dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours « contre le mandataire ». Il faut ajouter qu'ici la notification devrait être signifiée en la forme réglée à l'art. 2158 du Code civil.

que le conservateur aura à s'appuyer sur l'apparence des choses, qui seule permet d'agir. Il radiera donc sur le consentement du mandataire et de l'héritier apparent, sans exiger des intéressés qu'ils rapportent une preuve absolue presque toujours impossible.

CHAPITRE III

Raisons de l'intervention du notaire dans la mainlevée

Nous avons examiné les conditions de fond ; elles ne font pas difficulté ; celles de forme, dont nous allons aborder l'étude, méritent toute notre attention. L'article 2158 du Code civil porte que « Ceux qui requièrent la radiation déposent au « bureau du conservateur l'expédition de l'acte authentique « ou celle du jugement ». Le créancier consent donc mainlevée par devant notaire (1), celui-ci dresse minute et délivre une expédition que le créancier dépose au bureau des hypothèques. Cette intervention du notaire, il y a diverses façons de l'expliquer.

SECTION I. — CERTAINS ONT VU DANS LA MAINLEVÉE UN ACTE SOLENNEL

Il a d'abord été soutenu (2) que l'acte de mainlevée est, comme l'acte de constitution d'hypothèque, un acte solennel :

-
- (1) A l'étranger, l'acte de mainlevée peut, conformément à la règle générale « *locus regit actum* », être passé dans la forme usitée. Il n'y a pas lieu, en effet, d'étendre à la mainlevée la solution exceptionnelle prévue par l'article 2158 du Code civil pour la constitution de l'hypothèque.
- (2) Notamment par PONT, avec beaucoup d'autorité. Voir son *Traité théorique et pratique des privilèges et hypothèques et de l'expropriation privée*, en 2 vol., 3^e édition, II, n. 1074.

cela est vrai incontestablement pour la constitution d'hypothèque (3) et résulte invinciblement de la rédaction de l'article 2117 et de l'article 2127 du Code civil : « L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par un acte passé en forme authentique devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins », dispose l'article 2127. La conséquence, c'est que si une hypothèque a été constituée par un acte sous seing privé, elle est absolument nulle et sans effet. De même en serait-il, d'après les tenants de cette théorie, pour la mainlevée qui, effectuée en la forme sous seing privé, ne serait susceptible de produire aucun effet ; il faut, dit-on (4), que le créancier donne son consentement en pleine connaissance de cause. La mainlevée qui est l'inverse de la constitution doit logiquement être passée en la même forme.

SECTION II. — L'OPINION CONTRAIRE PRÉVAUT

C'est à la théorie contraire que vont les préférences de la doctrine (5) et de la jurisprudence : l'acte de mainlevée n'est pas solennel ; cela résulte des textes. Article 2157 : « Les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées et ayant capacité ». Article 2158 : « Ceux qui requièrent la radiation déposent au bureau du conservateur l'expédition de l'acte authentique ». Quelle différence de ré-

(3) BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, II, n. 1403.

(4) PONT, II, n. 1074.

(5) AUBRY et RAU, III, § 281, note 15, p. 635 ; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 1852. I ; GUILLOUARD, III, n. 1431 ; cf. PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, n. 850 ; cet ouvrage donne, parmi les raisons de la forme notariée de la mainlevée, celle-ci : il y a application de la règle du parallélisme des formes. Ces auteurs admettent donc par là que l'article 2158 pose la solennité de l'acte de mainlevée. Mais il se dégage de leur exposé que l'intervention du notaire a, comme principale utilité, la sauvegarde de la responsabilité du conservateur. En cela, ils rejoignent les auteurs, à la suite desquels nous les avons cités.

daction avec les articles vus plus haut ! Tout d'abord les deux seules conditions de validité énoncées par l'article 2157 sont la capacité et le consentement. D'autre part, il n'est fait mention de l'expédition notariée qu'à propos des pièces à déposer ; le législateur d'ailleurs se garde bien d'employer une expression impérative.

Peut être serait-il bon d'ajouter à cette démonstration un argument *a fortiori* : la renonciation à l'hypothèque n'exige aucune forme ; elle peut même être tacite ; or, il serait vraiment étonnant que la mainlevée, acte moins grave, nécessite la solennité.

SECTION III. — SYSTÈME TRANSACTIONNEL

Quant à nous, nous ne choisissons pas entre ces deux théories. Nous adoptons toutes les bonnes raisons qu'elles ont fournies l'une et l'autre pour expliquer l'intervention du notaire.

§ 1^{er}. — Utilité de l'intervention du notaire dans les actes juridiques

Cherchons d'abord ce qui peut rendre nécessaire, en dehors de la mainlevée, le recours au notaire. Prenons le cas de la donation. Si la loi impose, en cette matière, le ministère du notaire (C. civ., art. 931), c'est dans l'intérêt du donateur, c'est par crainte qu'il ne se dépouille d'une façon irréfléchie. L'intervention du notaire est directement inspirée par un esprit de défiance.

Prenons un cas différent. Nous savons que la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur nécessite, pour constater la remise des deniers et leur provenance, la pré-

sence d'un notaire (C. civ., art. 1250, § 2); ce que l'on redoute, c'est que le débiteur ne fasse revivre, au profit du nouveau créancier, une hypothèque éteinte et que, de la sorte, un créancier antérieurement inscrit se trouve indûment primé. Au premier cas, c'est la volonté du contractant, au second cas, ce sont les intérêts légitimes des tiers que l'on veut protéger.

Qu'en est-il de la constitution d'hypothèque ? Là encore, comme en matière de donation, il faut préserver la volonté du constituant contre ses entraînements. Cet acte procure des avantages immédiats sous la forme d'argent, moyennant l'engagement des biens qui aboutit trop souvent à une vente forcée ; ce danger est d'autant plus à redouter qu'il n'apparaît pas toujours et que la perte n'est qu'à lointaine échéance. Si la constitution d'hypothèque n'était pas entourée de certaines formes protectrices, il serait à craindre que les prodigues et les ignorants n'y eussent recours d'une façon déraisonnable et n'engloutissent ainsi leur fortune, sans s'en apercevoir.

Ainsi, nous avons vu le notaire intervenir dans la donation et la constitution d'hypothèque (C. civ., art 2127), pour éclairer et retenir la volonté du contractant, dans la subrogation conventionnelle, pour protéger le rang des tiers.

§ 2. — Pourquoi la loi prescrit son concours en matière de radiation

1^{re} raison : Intérêt du renonçant

En matière de mainlevée, la volonté du renonçant ne demande pas, semble-t-il, pareille protection. Tout d'abord, elle n'est qu'un simple acte d'administration, quand elle suit le

remboursement de la créance. D'autre part, il ne règne pas, dans notre droit, à son égard, le même esprit de défaveur que contre les donations. Enfin, elle est incontestablement moins alléchante pour les prodiges et les ignorants que la constitution d'hypothèque.

Toutefois, nous n'aurons garde de tomber dans l'erreur inverse. Malgré tout, il ne nous en apparaît pas moins qu'elle réclame une protection spéciale (6). En effet, très souvent on l'incorpore dans un acte plus large et plus grave aussi, dans une transaction. Pour passer ce contrat, il faut un esprit averti ; la loi l'a fort bien compris, qui soumet à des conditions rigoureuses le consentement des mineurs désireux de traiter de la sorte (C. civ., art. 467).

Indépendamment de cette considération, il faut reconnaître que l'on peut se laisser aller à consentir une mainlevée, sans bien savoir au juste à quoi l'on renonce. Quoique la loi ne la voie pas avec une particulière défaveur, quoique, d'un autre côté, elle ne soit pas très dangereuse, il n'en est pas moins vrai qu'il est nécessaire de protéger spécialement la volonté du renonçant et de prescrire le recours au notaire. C'est d'ailleurs ce que fait avec raison la loi. En cela, la mainlevée qui consiste, répétons-le, en une renonciation au rang, diffère profondément de la renonciation à l'hypothèque : la portée de ce dernier acte est aisément saisie par le renonçant ;

(6) Bien des raisons que donnent BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES (II, n. 1406) pour expliquer la solennité du contrat d'hypothèque, peuvent être invoquées pour expliquer la forme notariée de la mainlevée. Ils disent notamment qu'elle importe à la régularité de l'acte, à la sincérité des signatures. D'autre part, d'après ces mêmes auteurs, la difficulté des questions hypothécaires, ainsi que l'ignorance de ces questions par le public justifieraient suffisamment les prescriptions sévères de la loi.

aussi ne faut-il pas s'étonner que l'on puisse le passer sans l'intervention du notaire.

Nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons déjà dit, touchant les conséquences irrémédiables de la mainlevée (v. *supra*, p. 20 et s.); cette considération s'ajoute à celle que nous venons de donner en faveur de la forme notariée.

2° raison : Intérêt du conservateur

Si la mainlevée est l'œuvre du notaire, la radiation est le fait du conservateur (C. civ., art. 2158) qui exécute, après examen, le désir formulé par la partie titulaire de l'inscription. La loi et ses interprètes (C. civ., art 2157) lui ont assigné un rôle actif; il doit vérifier, d'après les termes mêmes de la mainlevée, si le renonçant a les pouvoirs ou la capacité suffisante pour requérir la radiation. Il est le gardien des intérêts des créanciers inscrits, il est leur mandataire légal et doit apporter tout son soin à ce qu'ils ne perdent pas leur rang. S'ils subissent, par sa négligence, un préjudice, il doit réparation.

Or, étant responsable, il faut qu'il puisse se couvrir. La garantie sera précisément dans l'intervention du notaire. Celui-ci lui apporte notamment la certitude que la partie a bien comparu dans l'acte et l'a signé, que le signataire a décliné sa véritable identité, et enfin qu'il a bien fait les déclarations portées à la mainlevée. Il importe qu'il soit fixé là-dessus; car, s'il radie sur réquisition d'un pseudo-créancier, sa responsabilité risque de se trouver engagée.

Donc, en dernière analyse, c'est autant pour protéger la volonté du contractant que pour assurer la mission du conservateur que la loi prévoit la forme notariée (7).

(7) En ce sens, nous invoquerons l'autorité de BOULANGER (n. 27, 29). Il dit fort justement (n. 29) : « Le bon sens indique assez que le

SECTION IV. — QUE SE PASSERAIT-IL SI UNE LOI FAISAIT AU CONSERVATEUR L'OBLIGATION DE SE CONTENTER D'UN ACTE SOUS SEING PRIVÉ ?

Si la loi et la jurisprudence lui enjoignaient par hasard de se contenter d'un acte sous seing privé, du même coup, sa responsabilité serait bien réduite, les parties seraient les premières à en pâtir. Ce serait la porte ouverte à toutes les fraudes. Cela serait contraire, non seulement à la règle qui fait peser sur lui toutes les responsabilités, mais encore à celle d'après laquelle, en matière de radiation, il joue un rôle actif. Son examen irait toujours en s'amincissant, car il n'aurait plus le moyen de l'assurer. Il agirait un peu comme en matière de transcription où il se contente de recevoir les actes. D'autre part, nous avons vu que la forme notariée est, pour une certaine part, protectrice des intérêts des parties. On estime que c'est un acte grave, ou plutôt dangereux, et qu'il est bon de faire avertir les parties par un individu qualifié.

D'une façon générale, cela porterait préjudice au régime hypothécaire tout entier. L'hypothèque qui est un moyen de crédit perdrait fatalement de sa valeur. S'il est bon en effet qu'elle soit d'un emploi commode, il n'est pas mauvais, pour qu'on y attache plus de prix, qu'elle soit un gage sûr, acquis

« conservateur dont la loi fait le gardien public des sûretés hypothécaires ne doit point accepter des ordres qui ne reposent sur aucune « garantie de sincérité ni d'exactitude ». Cf. aussi BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 1852, *in fine* et n. 1849 *in fine*. Voir aussi les savantes conclusions de Maitres LUCAS et TRÉVÉDY (*J. des conservateurs*, 6645). Nous en détachons l'attendu que voici : « At-
« tendu que l'acte sous seing privé, quoique enregistré, reste en
« droit, sauf quant à sa date, entouré de sa suspicion initiale et
« n'est pas opposable aux tiers qui n'ont jamais eu aucun rapport
« juridique avec les parties contractantes, et notamment au conser-
« vateur qui n'est pas un tiers, dans le sens de l'article 1328 du
« Code civil »,

au prix de formes solennelles, et dont on puisse conserver le rang sans crainte d'être dépossédé, sinon frauduleusement, du moins facilement.

SECTION V. — CONSÉQUENCES DÉCOULANT DE L'OPINION QUI PRÉVAUT

Que le conservateur ne se montre pas toujours aussi exigeant que la loi le lui permet, cela n'est pas pour nous étonner. Cela concorde très bien avec la théorie communément adoptée, à savoir que le concours du notaire n'est requis que dans son intérêt. Libre à lui par conséquent de s'en passer, du moment qu'il s'estime suffisamment couvert soit par ses connaissances personnelles, soit par ses propres recherches. Ainsi, il ne craint pas au besoin de prendre ses risques; et ici, nous touchons du doigt ce en quoi sa situation diffère de celle d'un fonctionnaire ordinaire qui, lié par des circulaires, et enfermé dans des règlements, ne peut oser prendre d'initiative et se voit obligé souvent de réclamer des papiers inutiles.

De tout cela résulte aussi que les conservateurs, en la matière, ne procèdent pas tous de même (8); ils tâchent de se mettre à l'abri, tout en faisant preuve de l'esprit le plus conciliant. De là vient que, selon leur propre appréciation, selon leurs connaissances personnelles et suivant chaque cas, ils se montrent plus ou moins exigeants. Cela nous rend également raison du fait, suivant lequel on ne peut, par circulaire administrative, les conseiller sur la façon de procéder (9). L'inverse aurait pour effet de substituer la responsabilité de l'Ad-

(8) *J. des conservateurs*, 10882.

(9) *J. des conservateurs*, 9157, 9579, 9831, 10000.

ministration à la leur. Ils n'ont pas d'instruction à recevoir de la Régie. A eux, et à eux seuls de prendre toutes mesures qu'ils jugent utiles pour dégager leur responsabilité (10).

SECTION VI. — POUR LES MÊMES RAISONS AUTHENTICITÉ DU MANDAT ET DES PIÈCES JUSTIFIANT DE LA QUALITÉ

Souvent, pour des raisons de commodité, le créancier, ne pouvant donner mainlevée en personne, charge un mandataire d'accomplir l'acte à sa place. Cela est même une nécessité pour les groupements : on ne conçoit guère, en effet, que les membres d'une association ou d'une société viennent, tous en personne, donner mainlevée de l'inscription garantissant la créance. Aussi délèguent-ils soit dans l'acte de société, soit par une délibération spéciale, à l'un des leurs, normalement à celui qui est chargé de l'administration, les pouvoirs suffisants pour donner mainlevée ; cet acte, avons-nous vu, doit être authentique, et nous en avons dit les raisons ; c'est peut-être une solennité, c'est, à coup sûr, une mesure de sécurité pour le conservateur.

Voyons comment les choses se présentent si on lui dépose un acte de mainlevée notarié, consenti en vertu d'une procuration sous signatures privées. Il connaît clairement et avec

(10) Voir BOULANGER, n. 366. Cet auteur dit notamment : « On ne peut « traduire en axiomes de droit toutes les circonstances différentes « d'où résulte la preuve de la qualité d'un gérant ou d'un liquidateur ; il restera toujours, malgré les efforts de la doctrine, une certaine part à l'appréciation des conservateurs et des tribunaux. Ainsi « qu'on l'a fait remarquer avec justesse, les connaissances locales « des conservateurs peuvent éclairer, en pareil cas, leur décision ; « et c'est pourquoi, beaucoup d'entre eux procèdent, sans difficulté, « aux radiations demandées par des gérants dont la qualité est de « notoriété publique ». Voir : Dijon, 9 décembre 1842. J. E., 19268, parag. 2.

certitude l'identité et les déclarations de l'intermédiaire, puisqu'elles sont établies par acte notarié. Est-ce suffisant ? Non, évidemment ; il faut savoir s'il a reçu mandat ; d'autre part, ce qu'il importe de connaître, ce n'est pas tant la volonté du mandataire que celle du mandant. De qui vient le pouvoir ? Est-il bien tel qu'on l'indique ? Les mêmes raisons que pour la mainlevée valent pour le mandat ; nous irons même plus loin ; la volonté du mandataire est indifférente, lui-même n'ayant pour fonction que d'exprimer celle du mandant. On conclura donc, encore qu'elle ne dérive pas expressément du texte de la loi, à la nécessité d'un mandat authentique (voir *inf.*, p. 117 et s.) (11).

Que penser des actes autres que le mandat, et justifiant également aux yeux du conservateur de la qualité des parties ? Ce peut être un acte constatant une cession, un acte de sociétés, une quittance, etc... Selon de Loynes (12), ils peuvent

-
- (11) Unanime est la doctrine à penser ainsi : AUBRY et RAU, III, § 281, p. 643 ; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 1849 ; GUILLOUARD, III, n. 1428-1433 ; PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, n. 852. Comme nous le disons, la loi ne vise, de façon expresse, que la mainlevée, ou, pour reprendre ses termes, que « l'acte portant consentement ».

L'opinion des auteurs reçoit consécration en jurisprudence : cass., 21 juillet 1830, D. 30. I. 376 ; v. D., J. G., Priv. et Hyp., n. 2699.

Il est de principe d'ailleurs que pour passer un acte de notarié, il faut être muni d'un mandat en ladite forme, si du moins l'intervention du notaire n'est point motivée par une raison de publicité (BAUDRY-LACANTINERIE, tome XXIV, n. 465). Nous savons par exemple que, lors de la constitution d'une société par actions, il est de règle de faire une déclaration par devant notaire des souscriptions et versements. A maintes reprises, la jurisprudence a décidé que le mandat donné pour l'accomplir devait également revêtir la forme notariée. Voir *J. des soc.*, 1901, diss. de M. HOUPIN, p. 5 et s. ; PERCEROU, note D., 1911. 2. 25 ; BOSVIEUX, note *J. des soc.*, 1925, 426 ; *contra* AUGER, note, *Rev. des soc.*, 1925, 482.

A signaler que TROPLONG qui, s'appuyant sur les articles 1985 et 1988 du Code civil, proclame la validité du mandat sous seing privé pour la constitution d'hypothèque (II, n. 510), n'en exige pas moins un mandat authentique pour consentir mainlevée (III, n. 741).

- (12) Trib. civ. Rennes, 13 juillet 1912, note au D., 1914. 2. 201.

être produits sous une forme quelconque ; pour lui, le conservateur ne serait pas en droit d'exiger un acte authentique. En effet, l'écrit relatant la convention des parties, qu'il soit privé ou non, fait, dit-il « pleine foi tant à l'égard des parties, de « leurs héritiers et ayants cause qu'à l'égard des tiers, sous « réserve toutefois des règles de l'article 1328 du Code civil « relatif à la date des actes sous seing privé ». C'est seulement, ajoute-il, dans les cas exceptionnels limitativement déterminés par la loi, qu'un acte authentique est indispensable pour certains actes juridiques. Notre réponse, la voici : en raison du danger de la radiation et de la gravité de ses effets, la loi a chargé le conservateur de vérifier le consentement et la qualité du renonçant ; comme sanction de cette mission, entre toutes délicate, elle l'a rendu personnellement responsable. Comment s'étonner dès lors qu'il refuse, en général, de radier sur la présentation d'un écrit privé dont ni le contenu, ni la signature ne lui sont certifiés ? A quoi servent toutes ces justifications, s'il n'est pas assuré de leur vérité ? Qu'est-ce d'ailleurs que la mainlevée, si ce n'est une pièce justificative ? De même, le mandat. C'est pourquoi, le conservateur, seul juge de sa responsabilité, est en droit d'exiger, pour sa sauvegarde, que les pièces à lui produites portent le sceau de l'authenticité (13).

(13) En ce sens, voir AUBRY et RAU, III, § 281, p. 643 et 635 ; GUILLOUARD, III, n. 1433 ; BOULANGER, n. 410 ; PONT, n. 967 ; LAURENT, XXXI, n. 154 ; cf. BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 1882.

Voir notamment l'arrêt de la Cour de Rennes qui réforme à juste titre la décision approuvée par DE LOYNES ; cet arrêt est explicitement commenté dans l'article 6645 du *Journal des conservateurs*. Voir aussi *Journal des conservateurs*, 6626 ; ainsi que Angers, 2 février 1848, S., 48. 2. 237 ; cass. civ., 18 mai 1852, S., 52. 1. 634.

Le dépôt d'un acte sous seing privé dans une étude de notaire ne fait acquérir à cet écrit l'authenticité qu'à la condition que le déposant déclare reconnaître, lors du dépôt, son écriture (arrêt de la Cour de Rennes précité).

CHAPITRE IV

De la forme des pièces à déposer

SECTION I. — EXPÉDITIONS OU EXTRAITS

§ 1^{er}. — Intérêt des parties à ne produire que des extraits

On doit produire l'expédition de l'acte de mainlevée (C. civ., art. 2158) ; c'est au notaire qui a dressé la minute qu'il faut s'adresser pour l'obtenir. Malgré la netteté des termes du Code, on s'est demandé si le conservateur ne devait pas, dans un but de simplification et d'économie, se contenter d'un simple extrait : on distingue deux sortes d'extraits : l'extrait littéral et l'extrait analytique ; il importe de les définir et de discuter leur valeur respective aux yeux du conservateur. L'expédition intégrale c'est, comme son nom l'indique, une copie de la minute dans son entier, de la première à la dernière lettre, dans toutes ses clauses et conditions. Le notaire ne fait aucune difficulté pour la délivrer, lorsque l'acte authentique qu'il a dressé est une mainlevée pure et simple. Mais lorsque le créancier passe devant notaire un acte très complexe et dont la mainlevée n'est qu'une partie accessoire, il paraît préférable qu'il ne présente pas, dans son entier, la copie de l'acte au conservateur ; sinon, ce dernier se verrait imposer une longue lecture, source d'erreurs et de lenteurs ; pour le requérant, c'est une sérieuse cause de frais ; ces inconvénients se sont plus particulièrement fait sentir en matière de société où, les frais étant très élevés, on simplifie autant que possi-

ble. Aussi en est-on tout naturellement arrivé à faire des extraits.

§ 2. — L'extrait littéral

Dans l'extrait littéral, le notaire copie seulement ce qui se rapporte à la mainlevée. S'il arrivait que le notaire omît, dans l'extrait, une clause importante et qu'il en résultât un préjudice pour la partie, la responsabilité pèserait sur lui, non sur le conservateur ; et d'ailleurs, en pratique, on exige que l'officier public certifie que les parties non transcrites de l'acte ne contiennent ni condition, ni réserve contraire et que l'extrait reproduit tout ce qui a trait à la radiation. D'après Aubry et Rau (1), cette déclaration serait superflue, car elle est, disent-ils, virtuellement comprise dans celle que l'extrait a été fait littéralement. Toutefois, pour plus de prudence, on l'exige ; la jurisprudence opine dans ce sens (2), ainsi que la grosse majorité de la doctrine (3).

§ 3. — Cette pratique est illégale

Mais il ne faut pas se cacher que cette pratique de l'extrait littéral est en contradiction formelle avec la loi ; l'article 2158 en effet dit clairement : « Ceux qui requièrent la radiation déposent l'expédition de l'acte authentique ». Aussi sommes-nous d'un avis contraire à Boulanger (4) qui prétend que la loi ne vise pas l'acte authentique lui-même, mais seulement le consentement à mainlevée ; et c'est pourquoi serions-

(1) III, § 281, note 30, p. 643.

(2) Trib. Joigny, 18 nov. 1920, *J. des conservateurs*, 8267.

(3) BOULANGER, n. 36 ; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 1883.

(4) BOULANGER, n. 36.

nous disposés à suivre M. Négrié (5), selon lequel le conservateur qui a refusé de radier, parce qu'on ne lui produisait qu'un extrait, ne pourrait être condamné aux dépens du procès. Guillouard (6) ne craint pas d'affirmer : « Pour nous, « nous croyons que, sous l'empire du Code civil, cette inter- « prétation doit être rejetée et que le conservateur peut se re- « fuser à la radiation, si on ne lui présente qu'un extrait, « même contenant la déclaration qu'il est littéral et que l'acte « ne renferme ni conditions ni réserves... Nulle part, en ef- « fet, si ce n'est dans l'article 2158, la loi ne dit quelle doit « être la nature des pièces soumises au conservateur, et, dans « ce texte, elle parle de l'expédition et non de l'extrait de « l'acte authentique. Si donc la radiation est faite à tort, en « raison de l'extrait incomplet et par suite infidèle, la faute « est celle du conservateur qui ne s'est pas fait représenter « une expédition intégrale ».

Cela est d'ailleurs conforme à l'article 1334 du Code civil qui s'énonce ainsi : « Les copies, lorsque le titre original « subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont « la représentation peut toujours être exigée » et à l'article 1997 du Code civil qui dispose que « le mandataire qui a « donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité « une connaissance suffisante de ses pouvoirs, n'est tenu d'au- « cune garantie pour ce qui a été fait au-delà, s'il ne s'y est « personnellement soumis ». Pour qu'il en soit autrement, il faudrait, semble-t-il, une modification légale, comme celle apportée par la loi belge du 16 décembre 1851 qui est ainsi conçue (art. 93) : « Un extrait littéral de l'acte authentique suffit, « lorsqu'il y est déclaré par le notaire qui l'a délivré que l'acte « ne contient ni conditions, ni réserves ».

(5) *J. des conservateur*, 6634.

(6) III, n. 1456.

§ 4. — Conclusion

Quelle conclusion adopterons-nous ? Sous l'empire de considérations pratiques, une jurisprudence s'est formée, contraire à la loi. Cela est encore assez fréquent, ainsi qu'en pense M. A. Perreau, dans sa remarquable étude sur le rôle de l'habitude (7). « Le pouvoir de la jurisprudence pour interpréter la loi est tellement étendu et souvent les formules employées par nos lois civiles sont tellement larges, ou bien leurs textes se limitent mutuellement de telle manière que les tribunaux possèdent pratiquement un droit très voisin de celui d'abrogation ou dérogation ». Or, les conservateurs dépendent étroitement des tribunaux auxquels revient la charge d'apprécier leur responsabilité. Quand s'est établie la jurisprudence en désaccord avec l'article 1382 du Code civil et consacrant la théorie du risque, il a bien fallu, bon gré mal gré, que les particuliers s'y soumettent et prennent leurs dispositions, pour qu'elle leur soit le moins dommageable possible. On ne peut aller contre la volonté des juges, qui est d'ailleurs le plus souvent inspirée par l'équité et conditionnée par d'impérieuses nécessités sociales. Les conservateurs ne peuvent pas se soustraire à la pratique de l'extrait littéral consacrée par les tribunaux ; ils doivent suivre, pas à pas, la coutume jurisprudentielle, car plus que le Code, c'est leur loi ; des auteurs de cette loi ils sont les justiciables.

Ils ont d'autant plus de raison de s'y plier qu'elle allège leur responsabilité, facilite leur travail, tout en étant très heureuse pour les parties. D'autre part, cette solution satisfait pleinement la tendance à la simplification que nous avons indiquée, au seuil de cette étude, comme notre but principal.

(7) *Rev. tr. de dr. civ.*, année 1911, p. 280.

§ 5. — L'extrait analytique

L'extrait analytique, à la différence de l'extrait littéral, n'est pas la reproduction textuelle de certaines parties de l'acte, c'en est un résumé; il comporte nécessairement un examen approfondi de la mainlevée par le notaire; il risque ainsi de dénaturer l'intention des parties. Logiquement, dans de tels cas, la responsabilité du notaire devrait être substituée à celle du conservateur, entorse par trop nette à la loi; d'ailleurs, il ne serait pas d'une grande utilité; aussi l'extrait analytique n'est jamais entré dans la pratique et il nous semble qu'il ne saurait en être sérieusement question (8).

SECTION II. — PIÈCES A DÉPOSER

Suffit-il au conservateur d'exiger la production d'une expédition authentique de l'acte de mainlevée? Oui parfois: ainsi en est-il, lorsque le bénéficiaire apparent de l'inscription requiert lui-même la radiation et que ni dans l'acte de mainlevée, ni dans l'inscription, il n'y a l'indice d'une incapacité quelconque. Mais même dans ce cas, la représentation de l'acte ne suffit pas toujours: s'il ne contient pas la preuve du paiement dont il est la suite, le conservateur est fondé, lorsque le comparant n'est pas habilité à donner mainlevée sans paiement, à réclamer la production d'une quittance notariée (9).

Il est assez fréquent qu'on ait à déposer un certain nom-

(8) JACQUET et VÉTILLARD, p. 51.

Orléans, 28 janvier 1839, *J. E.* n. 12333.

(9) V. BOULANGER, n. 37; LAURENT, XXXI, n. 211. « En matière de radiation (Angers, 2 février 1848, *S.*, 48. 2. 237), les seuls titres qui puissent être produits, pour prouver la libération du débiteur, sont ceux qui offrent le caractère d'authenticité. On doit le décider ainsi par application de l'article 2158 du Code civil ».

bre de pièces (10). S'il est fait mention, soit dans l'inscription, soit dans l'acte de mainlevée, d'une certaine cause d'incapacité, le conservateur a le droit et le devoir d'exiger la preuve que l'incapacité a cessé ou qu'elle ne va pas jusqu'à prohiber la mainlevée (11). Le plus souvent, c'est une question de qualité qui se pose; ainsi, lorsque la mainlevée émane d'un autre que le titulaire apparent de l'inscription, la qualité ne se présumant pas, il doit fournir le titre qui en constitue la preuve. Cela se présente encore lorsqu'une mainlevée est donnée, au nom du titulaire de l'inscription, par un représentant légal, conventionnel, ou judiciaire; il doit déposer une procuration authentique ou justifier de ses pouvoirs par la présentation des titres qui l'ont nommé.

SECTION III. — DÉPOT OU REPRÉSENTATION ?

On discute le point de savoir si le conservateur peut et doit exiger le dépôt tant de la mainlevée que des actes an-

(10) BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 1883.

(11) A ce sujet, MM. JACQUET et VÉTILLARD recommandent aux conservateurs de n'exiger que les documents strictement indispensables à la régularité de la formalité requise (p. 51). BOULANGER leur rappelle également qu'ils doivent « se garder de soulever des arguties de forme ». Evidemment leurs droits en la matière peuvent paraître parfois exagérés. C'est pourquoi, ils doivent s'appliquer, et ils s'appliquent en fait, à suivre les recommandations signalées.

On remarquera toutefois que leurs exigences peuvent bien être qualifiées de rigoureuses, mais rarement d'excessives, ni même d'abusives. Leurs droits, en effet, sont assez étendus (C. civ., art. 2157 et 2158); rarement ils les dépassent. D'un autre côté, on ne peut dire qu'ils en abusent, leurs prétentions et leurs résistances étant le plus souvent motivées par l'intérêt des parties elles-mêmes ou tout simplement par l'exercice de leurs fonctions (V. la notion et le fondement de l'abus du droit dans JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 1930, II, n. 430). Cela est fort bien mis en évidence par les auteurs qui ne manquent pas d'associer les deux mots pouvoir et devoir, lorsqu'ils définissent la fonction et le rôle du conservateur en matière de radiation (voir par ex. : BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 1847).

nexes ou s'il doit se contenter de leur représentation. Pour ce qui est de la mainlevée, il n'y a pas de doute possible, la loi (C. civ., art. 2158) employant le mot dépôt. L'intérêt de la question est le suivant : il apparaît inutile de garder par devers soi ces actes, étant donné que, si une action en responsabilité était intentée, le conservateur pourrait toujours se justifier en s'appuyant sur la minute que conserve fidèlement l'étude du notaire. Observons toutefois qu'il est fort possible que les actes annexes à la mainlevée soient rédigés en brevet ; dans ce cas, on ne peut faire autrement que de déposer l'acte. Remarquons également que, s'il est bien rare que l'original soit détruit ou adiré, il pourrait se faire que l'expédition délivrée par le notaire ne soit pas, en tous points, conforme à la minute ; des erreurs s'y glissent parfois ; il s'y trouve quelquefois des lacunes. On comprend bien mieux encore l'intérêt du conservateur à retenir les pièces justificatives, depuis que s'est établie la pratique de l'extrait littéral ; s'il se contente d'une simple représentation, c'est lui qui supportera la faute du notaire qui a délivré l'extrait incomplet. Le coût de ces extraits n'est d'ailleurs pas très élevé, depuis que la loi du 27 juillet 1900 a autorisé leur délivrance sur papier libre.

Sagement, la jurisprudence s'est prononcée en ce sens ; un jugement du tribunal de Joigny du 18 novembre 1920 (12) est motivé ainsi : « Attendu, en ce que concerne les pièces à
« produire, que le conservateur, tenu sous sa responsabilité
« des vérifications susénoncées, est autorisé à exiger du re-
« quérant, avec l'expédition de l'acte du jugement ordonnant
« radiation, les expéditions ou originaux de tous documents
« susceptibles d'établir la capacité des parties requérantes, et

(12) *J. des conservateurs*, 8267.

« qu'il est même, d'après l'opinion commune, bien fondé à
« conserver toutes les pièces en dépôt dans ses archives, pour
« sa garantie (13) ». Toutefois, ces pièces sont encombrantes,
et il a toujours la faculté, s'il juge pouvoir s'en contenter, de
n'exiger que la simple représentation. « Aucune règle précise
« ne saurait donc être formulée en cette matière, où l'on doit
« se borner à exprimer le vœu que les conservateurs s'effor-
« cent de concilier le légitime intérêt des parties avec le juste
« souci de leurs responsabilités, en s'abstenant aussi souvent
« qu'il leur paraîtra possible d'aller jusqu'à l'extrême limite
« de leur droit » (14).

(13) La doctrine se prononce en ce sens. V. AUBRY et RAU, III, § 281 ;
BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 1882.

(14) JACQUET et VÉTILLARD, p. 54.

CHAPITRE V

Le conservateur, son rôle en matière de radiation

SECTION I. — IL A UN RÔLE ACTIF MAIS IL N'EST PAS UN JUGE

Ces questions élucidées, il convient de s'attacher à jeter si possible quelques clartés sur son rôle et sur sa responsabilité. L'importance de ce problème vient précisément de la gravité de la responsabilité que la loi lui impose; sa difficulté provient de cette même loi, par trop laconique. Cette notion de responsabilité constitue le pôle autour duquel gravite toute question ayant trait à la radiation.

§ 1^{er}. — Son rôle actif ne ressort pas nettement des textes

On est frappé d'abord de voir qu'il n'agit jamais spontanément : en cela il ressemble à un juge : il garde, intactes et fidèles, les inscriptions consignées sur ses registres, fussent-elles dépourvues à l'évidence de toute validité; il ne radie pas avant que l'on ne l'en requière. Mais alors que prenant une inscription, délivrant un état (1), transcrivant les actes (2), il agit automatiquement, passivement, en matière de

(1) *V. J. des conservateurs*, 9296, rapportant un jugement du tribunal de Paimbœuf du 15 octobre 1924.

(2) *V. J. des conservateurs*, 9178.

radiation au contraire, il se livre à un examen approfondi et minutieux de certains points.

Cette différence essentielle n'est pas nettement marquée par le Code civil (3). Certes, l'article 2199 est clairement rédigé : « Dans aucun cas, dit-il, les conservateurs ne peuvent « refuser ni retarder la transcription des actes de mutation, « l'inscription des droits hypothécaires, ni la délivrance des « certificats requis, sous peine de dommages-intérêts des parties ». Voilà qui est net. Mais au contraire, son rôle, en matière de radiation, a laissé place à certains doutes. L'article 2157 du Code civil, en effet, n'est pas très affirmatif. On admet que le conservateur doit s'enquérir du point de savoir si les parties intéressées ont donné leur consentement et si elles ont capacité. L'article 2157 le dit-il en termes formels ? Evidemment non. On peut être tenté d'y voir simplement un rappel du droit commun, à savoir que la mainlevée exige le consentement et la capacité, comme tous les actes juridiques.

L'article 2197 du Code civil ne serait point défavorable à cette dernière interprétation ; il déclare que « les conservateurs sont responsables premièrement... deuxièmement... « Du défaut de mention, dans leurs certificats, d'une ou de « plusieurs inscriptions existantes, à moins, dans ce dernier « cas, que l'erreur ne provint de désignations insuffisantes « qui ne pourraient leur être imputées ». Boulanger (4) soutient qu'il résulte de cet article « que le conservateur est en « droit de discuter la valeur des actes qu'on lui produit pour « obtenir une radiation ». Ce n'est pas notre avis. Le texte parle d'inscriptions existantes. Or, le défaut d'une inscription existante, dans un certificat, c'est tout simplement une

(3) V. notamment LAURENT XXXI, n. 208.

(4) BOULANGER, n. 27.

omission. Ce n'est évidemment point le fait de ne pas porter une inscription radiée.

D'autre part, on ne peut manquer de faire observer contre l'opinion couramment admise, que, lorsque la loi parle du dépôt des pièces au bureau du conservateur, elle ne mentionne pas les pièces concernant la capacité. Cela semble pour le moins bizarre, étant donné qu'à l'article précédent (C. civ., art. 2157), cette condition était imposée. Dès lors, il est sans vraisemblance de dire qu'il y a eu omission.

Qu'il soit naturel d'attribuer un rôle actif, et partant de faire supporter la responsabilité à un mandataire salarié (le conservateur), comme le pense Boulanger (5), nous l'accorderions volontiers. Mais nous répondrons que le notaire, lui aussi, est rémunéré, que, d'autre part, le conservateur n'est pas lié avec les parties par un mandat conventionnel, et qu'enfin les salaires touchés par les conservateurs pour effectuer les radiations ne constituent qu'une très petite partie de leurs émoluments. Comment se fait-il donc que leur rémunération soit bien supérieure, lorsqu'ils transcrivent des actes, à celle qu'ils reçoivent, lorsqu'ils effectuent les radiations, alors que, dans ce dernier cas, ils encourent une responsabilité autrement écrasante que dans le premier ? L'argument invoqué par Boulanger se retourne donc contre lui-même.

On conviendra également que les conservateurs ne sont pas des jurisconsultes et que leur donner à juger de la capacité des parties, c'est leur imposer une charge bien lourde (v. *inf.*, p. 60).

(5) BOULANGER, n. 27.

§ 2. — Ainsi s'explique-t-on que la doctrine et la jurisprudence soient longtemps restées dans l'indécision

On s'explique alors les indécisions de la doctrine et de la jurisprudence durant la première moitié du XIX^e siècle. C'est ainsi qu'on a discuté le point de savoir si le conservateur a à connaître des questions de droit. L'Administration des Finances s'est déclarée pour la négative, et Duranton (6) s'est prononcé dans le même sens; mais, ajoute-t-elle, « il a « qualité pour voir si l'acte authentique de consentement est « revêtu de toutes les formalités nécessaires pour sa validité « et prescrites par l'article 2157 du Code Napoléon (7) ». Quant à Troplong, « C'est, dit-il, un agent passif chargé « d'exécuter la volonté des parties » (8); mais, plus loin, il se rétracte; voici ses propres termes (9) : « Le conservateur « répond aussi des radiations qu'il aurait faites légèrement; « c'est pourquoi il a qualité pour discuter la légalité des actes « qui lui sont remis pour obtenir la radiation ».

La jurisprudence, non plus, n'a pas toujours été très ferme, comme en témoigne un jugement du tribunal de la Basse Terre du 15 mars 1900 (10) : « Son rôle se borne, af-
« firme-t-il, à l'exécution de l'acte émané de la volonté des
« intéressés ou d'une décision de justice ». Mais ni la juris-
prudence (11), ni la doctrine actuelles ne confinent le conser-

(6) 20, 194.

(7) Instr. 127 du Ministère des Finances, 14 ventôse, an X, 20 vendémiaire an XI, 12 nivôse an XII.

(8) *Privilèges et Hypothèques*, III, n. 741.

(9) IV, n. 1000.

(10) *J. des conservateurs*, 5174.

(11) Trib. Joigny, 18 nov. 1900, précité, *J. des conservateurs*, 8267; trib. Seine, 26 janv. 1931, *J. des conservateurs*, 10814; S., 1931. 2, 140.

vateur dans ce rôle étroit, et on peut les considérer comme fixées.

§ 3. — Les pouvoirs du conservateur

Ces pouvoirs du conservateur, en quoi consistent-ils ? Après lecture attentive de l'acte de mainlevée, dont la volonté du créancier doit ressortir parfaitement claire et sans condition (12), il confronte les indications qui s'y trouvent avec les désignations de l'inscription (13); il s'assure par là que, soit à raison des clauses dont elle est assortie, soit à raison de sa nature même, soit enfin à raison de la personne même du titulaire, il n'y a point d'obstacle à la radiation. Ainsi il remonte de l'acte de mainlevée à l'inscription, de l'inscription à la créance elle-même. Si les termes de la mainlevée ou de l'inscription dénotent une incapacité quelconque, il exige qu'on lui rapporte la preuve qu'elle a cessé ou que l'incapable est dûment habilité. Si le signataire de la mainlevée est un mandataire, il demandera la justification, par acte authentique, des pouvoirs à lui conférés (14). Mais le domaine de ses recherches est nécessairement limité; après s'être assuré par les moyens dont il dispose, c'est-à-dire les justifications à l'appui de la mainlevée et les énonciations de l'inscription, de la validité extérieure de l'acte, il a rempli son devoir (15).

(12) BOULANGER, n. 26; JACQUET et VÉTILLARD, p. 22 et 23; *Journal des conservateurs*, 9037, 9116, 9229, 9511, 9626.

(13) JACQUET et VÉTILLARD, p. 41; cf. *J. des conservateurs*, 6646, p. 245 et 6802, p. 633.

(14) BOULANGER, n. 37.

(15) JACQUET et VÉTILLARD, p. 40. Nous croyons bon de signaler que le rôle de l'agent de change concourant à un transfert peut être comparé à celui du conservateur opérant une radiation (v. cass. req., 24 mai 1909, D., 1909. I. 264). Mais il s'en distingue nettement en ce qu'il doit certifier l'identité et ne point se contenter de la régularité apparente des pièces qu'on lui dépose (arrêté du 27 prairial,

§ 4. — Pourquoi il n'est pas et ne peut être un juge

C'est qu'en effet le conservateur n'est pas un véritable juge. Les interprètes et la jurisprudence lui ont déjà donné des pouvoirs que le législateur ne lui attribuait pas, loin de là, d'une façon explicite; il ne convient pas encore de les élargir.

Premièrement, une extension de ses attributions ne paraît pas désirable. Elle consisterait à lui donner la charge d'apprécier la validité interne de la mainlevée et de la convention qui lui a donné naissance; il lui faudrait déceler les fraudes, suppléer aux lacunes des actes à lui produits, prendre parti dans les controverses juridiques, pénétrer les intentions secrètes des parties contractantes, rechercher si la cause de l'acte juridique n'est pas illicite. Tout cela amènerait des lenteurs, et l'incertitude qui en résulterait nuirait gravement au bon fonctionnement du régime hypothécaire, dont les qualités principales sont la rapidité et la sécurité.

an 10, art. 16; v. cass. req., 11 juillet 1876, D., 1877. I. 28; cass. civ., 24 février 1903, S., 1903. I. 337, note WAHL; D., 1903. I. 561, note Guénée; 5 août 1912, S., 1915. I. 161, note WAHL; D., 1913. I. 265, note PERCEROU). Voir de M. LÉVY-ULLMANN, le remarquable *Essai sur les titres nominatifs et sur la responsabilité des agents de change et des débiteurs dans la transmission de ces titres* (*Ann. de droit com.*, 1897, p. 117 et s.).

Analogues à ceux du conservateur sont les devoirs de la Caisse des dépôts et consignations, lorsqu'elle se dessaisit des titres qui lui ont été confiés. Elle peut les remettre, sans crainte, dans les mains d'un créancier apparent, sur le vu de pièces justificatives non suspectes. Les tribunaux apprécient souverainement de la suffisance de ces titres. Enfin, dernière analogie, cette institution, qui est personnellement responsable, n'est pas libre d'opposer un refus à la demande de remise des fonds dont elle est dépositaire (v. art. 16 de l'ordonnance du 3 juillet 1816 et note Guénée précitée).

Quant au rôle du greffier tenant le registre de nantissement des fonds de commerce, il s'apparente à celui du conservateur (Loi 17 mars 1909 et décret du 28 août 1909).

En second lieu, outre que la tâche serait pratiquement impossible (16), on se heurte, en admettant pareil système, à un argument péremptoire. Un juge doit être irresponsable; cela est commandé par la difficulté de ses fonctions; et par ailleurs, c'est l'irresponsabilité qui lui permet de garder sa pleine liberté d'esprit, son entière impartialité. C'est pour-quoi, le rôle actif du conservateur en matière de radiation se trouve ramené à un critère très objectif et restrictif; objectif, c'est-à-dire qu'il n'a pas à pénétrer l'intention secrète des parties et qu'il peut se fier aux apparences; restrictif, c'est-à-dire qu'il n'a à vérifier que les conditions de fond édictées par l'article 2157 (v. *supra*, p. 25), et qu'en principe leur preuve ne peut être administrée que selon l'article 2158 (17).

SECTION II. — DIFFICULTÉS DE FAIT ET DE DROIT

Quand il s'estime suffisamment éclairé, ou bien il accepte la mainlevée et procède à la radiation, ou bien il refuse de radier. Mais sa détermination n'est pas toujours si prompte. Des cas se présentent, qui le jettent dans un cruel embarras.

(16) Par exemple, en matière de société, on ne peut l'obliger à vérifier, dans les détails, les règles de fond et de forme de la tenue des assemblées.

(17) Il ne faut jamais oublier que le conservateur est un fonctionnaire (v. *inf.*, p. 61) et que, d'après les caractères de notre système hypothécaire et de ses fonctions, on concevrait qu'il eût, en matière de radiation, un rôle passif (v. BOULANGER, n. 23, ainsi que JACQUET et VÉTILLARD, p. 38). « La mission de juger, dit Monsieur le Procureur général NAQUET (D., 1891. 2. 321), est réservée aux tribunaux et, à moins de nécessité absolue, il convient d'éviter que des fonctionnaires autres que des juges soient appelés à trancher des questions litigieuses ».

§ 1. — Difficultés de fait.
Pourquoi il doit s'attacher à les résoudre

Première raison : IL EST MALAISÉ DE DIRE SI UNE DIFFICULTÉ EST RÉELLE.

Ce sont tantôt des difficultés de fait. Il s'agit d'interpréter une clause d'une convention. Ne devrait-il pas, conformément à ce que nous avons dit plus haut (v. *sup.*, p. 59), (18), négliger de les élucider, puisqu'il n'est pas un juge ? Dès qu'il verrait un point délicat, il éluderait tout examen. Ce parti serait le plus commode, mais dans toute convention, il y a matière à interprétation. Quand peut-on dire que la difficulté est réelle ? Les tribunaux peuvent le rendre coupable de s'être laissé arrêter par une difficulté qui à leurs yeux n'en est pas une.

Deuxième raison : IL EST, DE PAR SES FONCTIONS, TENU DE RADIER.

En second lieu, on a beau dire que le conservateur n'est pas un juge, ce qui est exact, qu'il est le mandataire légal des créanciers inscrits et qu'il doit, comme tout administrateur du bien d'autrui, veiller avec soin à ce que leurs droits ne soient pas diminués (19), ce qui est encore exact, il ne faut pas oublier toutefois qu'il est également un fonctionnaire (20).

(18) Cf. BOULANGER, n. 23. Cet auteur dit notamment : « Les conservateurs ne sont pas des jurisconsultes et on ne peut pas exiger d'eux qu'ils pénètrent au fond des conventions pour y scruter les chances d'annulation ou les vices cachés qu'elles renferment ». Voir aussi JACQUET et VÉTILLARD, p. 40.

(19) JACQUET et VÉTILLARD, p. 438.

(20) Cf. Loi du 21 ventôse an 7, art. 3 ; v. aussi JACQUET et VÉTILLARD, p. 38 ; v. *supra*, p. 11.

Il a reçu mission de tenir les registres et de les mettre à jour sur réquisition des particuliers. Sa tâche est de radier (21), comme elle est de recevoir les actes et les inscriptions. Si, de par les caractères que nous avons vus plus haut, il serait plutôt tenu à la réserve, il doit néanmoins, de par ses fonctions mêmes, se montrer favorable aux volontés des parties, s'appliquer à les discerner et à leur donner satisfaction.

Troisième raison : EN AGISSANT AINSI, IL MÉRITERA SOUVENT POUR LE CAS OÙ IL SE SERAIT TROMPÉ, L'INDULGENCE DU TRIBUNAL.

Une autre raison peut être invoquée à l'appui de ce que nous venons de dire. Le conservateur n'est jamais certain que les tribunaux se détermineront dans le même sens que lui. S'il examine la difficulté à fond, non seulement il a plus de chance de prendre l'attitude qui est la bonne, mais encore, c'est le moyen si, à tort ou à raison, les tribunaux opinent dans un sens contraire au sien, de mériter leur bienveillance. S'il a fait tout son possible, s'il a fait preuve de minutie et de diligence, il ne court guère le risque de se voir infliger une condamnation. Les tribunaux déclarent alors qu'il a eu de justes motifs, qu'il n'a pas agi à la légère et l'exonèrent complètement. Au cas où il se trouverait par trop embarrassé, il a la

(21) « Les citations précédentes, dit BOULANGER (n. 23, *in fine*), prouvent combien les conservateurs doivent apporter de réflexion, avant de refuser une radiation, et à quels inconvénients les exposerait un esprit difficile ou mal éclairé ». S'ils refusent de radier, ils doivent exposer les raisons précises pour lesquelles ils estiment le consentement et la qualité du renonçant non établis. S'ils sont assignés devant les tribunaux, ils ne doivent pas se borner à s'en remettre à la sagacité des juges pour trancher la question et les décharger de toute responsabilité (V. cass. req., 25 janvier 1910, D., 1910. I. 179, note DE LOYNES et conclusions de l'Avocat général FEUILLOLEY).

faculté de s'adresser au Comité consultatif des conservateurs des hypothèques qui, s'il n'a certes qu'un caractère officieux, n'en donne pas moins des avis très étudiés et très appréciés.

Quatrième raison : LES TRIBUNAUX SONT GÉNÉRALEMENT
FAVORABLES A SON INTERPRÉTATION.

Le conservateur doit donc interpréter les conventions. Il est à remarquer d'ailleurs que les tribunaux se montrent disposés à sanctionner sa façon d'agir, surtout quand il se montre plutôt audacieux et qu'il ne craint pas de prendre ses responsabilités. L'exemple suivant va nous le prouver. Il nous est fourni par un arrêt de la Cour de cassation du 13 avril 1863 (22) siégeant sous la présidence de M. Troplong; en l'espèce, le conservateur avait interprété une clause du contrat de mariage qui laissait à la femme la faculté de prendre inscription, comme lui permettant, malgré la totalité de ses biens, de faire disparaître l'inscription prise; la Cour Suprême a débouté le demandeur, elle a ainsi donné raison au conservateur, dont l'appréciation ne manquait pas d'une certaine hardiesse.

§ 2. — Questions de droit

Il peut aussi avoir à élucider une question de droit; or, en cette matière, une jurisprudence soutenue déclare qu'il ne peut y avoir faute et partant responsabilité, s'il s'agit d'un point douteux et controversé (23). Dans le même ordre d'i-

(22) Cass. civ. rej., 13 avril 1863; D., 63. I. 196.

(23) Angers, 18 août 1880, *J. des conservateurs*, 4332; Bruxelles, 29 juin 1911, *J. des conservateurs*, 8227; trib. Pithiviers, 2 juillet 1925, *J. des conservateurs*, 9451; voir aussi *J. des conservateurs*, 9242, 9376, 10657.

Il y a bon nombre de décisions (Limoges, 12 février 1909, *J.*

dée, la Cour de cassation a jugé, le 18 juin 1918, que l'erreur de droit portant sur un point qui n'est ni douteux, ni controversé constitue une faute dommageable (24). Leur situation est comparable à celle des notaires, sur le cas desquels il y a une jurisprudence abondante et établie (25).

Elle ressort notamment d'une façon très nette du jugement rendu par le tribunal civil de Versailles du 19 mars 1913 (26); en l'espèce, il a été reconnu que la responsabilité du notaire et du conservateur étaient engagées, à raison d'une erreur de droit qu'ils avaient commise sur un point non controversé; il y avait violation non douteuse de l'article 1395 du Code civil : le conservateur avait obtempéré à la réquisition de radiation d'une inscription garantissant la dot; cela est certainement contraire au principe non discuté de l'immuabilité des conventions matrimoniales.

Ce n'est pas, il est vrai, l'opinion de M. Lalou (27). Puisqu'il s'agissait, dit-il, d'une application de l'article 1395, sur laquelle aucune décision de jurisprudence n'était encore intervenue, la responsabilité du conservateur aurait dû être écartée.

des conservateurs, 9816; trib. Grasse, 11 décembre 1922, *J. des conservateurs*, 7622) qui vont encore plus loin et qui déchargent le conservateur de toute responsabilité, sur la preuve faite par celui-ci qu'il n'a pas agi par esprit de chicane.

(24) *J. des conservateurs*, 8494; v. aussi cass., 9 mai 1916, *J. des conservateurs*, 7455, D., 1921. I. 24.

(25) V. notamment Alger 10 mai 1870; S., 74. I. 313; cass., 12 février 1883, S., 83. I. 171.

(26) D., 1914. 2. 14.

(27) Note à la suite du jugement précité; voir aussi cass. civ., 2 janvier 1924, S., 1924. I. 169, note VIALLETON. Il est un autre fonctionnaire qui a, lui aussi, à prendre des décisions sur des questions de droit, c'est le receveur de l'enregistrement. Mais à la différence du conservateur, il sera responsable non envers la partie lésée, mais envers l'Etat; et par ailleurs, il n'encourra de responsabilité que pour une faute très lourde.

Ainsi donc, en principe, qu'il commette ou non une erreur, en acceptant ou en refusant d'exécuter la mainlevée, s'il y a une sérieuse difficulté de fait ou de droit, il ne doit pas être rendu responsable (28). Et cela, tout simplement parce qu'alors il n'y a pas faute de sa part. Comme le dit fort justement le *Journal des conservateurs* (29), « sa responsabilité n'a été établie que pour garantir les tiers contre les « fautes qu'il pourrait commettre, et non pour assurer les « usagers contre les risques du régime hypothécaire ». Cette idée est importante, il faut s'en bien pénétrer.

§ 3 — Quand le doute subsiste, il doit s'abstenir

En général, dans les cas qui restent douteux malgré un examen approfondi, il prendra sagement le parti de s'abstenir.

C'est l'attitude la plus raisonnable, pour les motifs suivants.

Tout d'abord, interpréter une clause obscure ou ambiguë, prendre parti dans une controverse juridique, n'est pas la tâche du conservateur, mais celle du juge. « Ce rôle (30) est « dévolu aux magistrats qui, sauf le cas de prise à partie, « sont dégagés de toute responsabilité, précisément pour assurer l'entière impartialité de leurs décisions ». Nous avons plus haut (v. *supra*, p. 54) développé cette idée, aussi n'insisterons-nous pas.

D'autre part, nous n'ignorons pas que le conservateur a mission de protéger les tiers (31). Or, la sauvegarde de leurs

(28) JACQUET et VÉTILLARD, p. 58.

(29) *J. des conservateurs*, 10657.

(30) *J. des conservateurs*, 10657.

(31) BOULANGER, n. 24.

intérêts réclame, de la personne qui en est chargée, incontestablement, une attitude prudente (32); le conservateur veille à ce que les créanciers ne perdent pas, par leur faute, le rang acquis. Aussi comment s'étonner que dans le doute, il préfère s'abstenir. Tant que le consentement et la capacité ne sont pas irréfutablement établis, il va de soi que le conservateur doit opposer un refus catégorique à la réquisition de radiation.

Supposons maintenant que le conservateur ait choisi un mauvais parti. Il s'est décidé à radier à tort, ou au contraire, il s'est abstenu, alors qu'il ne le devait pas. Nous avons dit qu'il n'y a pas là de faute, s'il a eu pour cela des raisons sérieuses. Dans quel cas la partie lésée va-t-elle subir le plus grave préjudice ? Il est facile de comprendre qu'en radiant à tort, il cause à la partie une perte autrement lourde qu'en prenant la décision de s'abstenir. Dans le premier cas, le créancier perd son rang, dans le second, le débiteur souffre seulement d'un léger retard; celui-ci expose bien quelques frais devant les tribunaux, mais il doit bien souvent s'en prendre à lui-même; car l'instance aura bien souvent été occasionnée par une clause obscure de la convention qui est son œuvre.

A ces motifs, nous ajouterons qu'il arrive que les tribunaux rendent le conservateur responsable. Cela s'est même vu, alors qu'il n'avait pas commis la moindre erreur; en effet, les tribunaux peuvent fort bien se tromper. Un jugement du

(32) V. trib. civ. Grasse, 11 décembre 1922, *J. des conservateurs*, 8940; trib. civ. Trévoux, 15 mars 1923, *J. des conservateurs*, 9077.

27 février 1925 (33) du tribunal civil de Boulogne-sur-Mer nous en fournit l'exemple. Il s'agissait d'un contrat de mariage qui, tout en stipulant le régime dotal, permettait l'aliénation des biens dotaux à charge à remploi. Nous savons que les tiers sont responsables d'un remploi défectueux ou non effectué et qu'il est possible, par clause expresse, de les décharger de cette responsabilité. Le conservateur est un de ces tiers ; il doit veiller à l'accomplissement du remploi. Or, la convention comportait une contradiction ou tout au moins une obscurité ; l'article 13 donnait l'énumération des tiers qui devaient rester étrangers au remploi ; le conservateur n'était pas compris dans cette énumération et devait donc se croire tenu de veiller au remploi. A l'article 10, par contre, il était dit que tout autre tiers que le notaire et que l'agent de change en serait déchargé. Ne dirait-on pas des clauses détachées de contrats profondément différents ? La conciliation n'apparaît point tâche aisée. C'est donc avec raison que le conservateur déclara qu'il refuserait de prêter son ministère, tant qu'on ne lui aurait pas fait justification du remploi. Voilà qui n'empêcha pas le tribunal de considérer son attitude comme fautive et de mettre à sa charge les frais de la condamnation. A plus forte raison, peut-il en être ainsi, lorsque le conservateur a choisi le mauvais parti. Aussi ne faut-il pas s'étonner que les conservateurs aient tendance à prendre l'attitude qui leur fait encourir la moindre responsabilité : c'est-à-dire le refus d'exécuter la mainlevée volontaire. Dans ce cas, ils risquent,

(33) *J. des conservateurs*, 9376.

tout au plus, d'être tenus au paiement des frais du jugement ordonnant la radiation judiciaire (34). Dans le premier, au contraire, ils peuvent être obligés de réparer un préjudice considérable.

§ 4. — De l'exonération des dépens

D'ailleurs, lorsque la résistance s'explique par la difficulté de la matière, indépendamment du cas où la partie demanderesse s'offre d'elle-même à prendre tous les frais du procès à sa charge, il arrive le plus souvent que les tribunaux déclarent le conservateur succombant, quitte de tous dépens (35).

Ils en donnent des raisons diverses, alléguant tantôt l'absence de faute (36), tantôt l'absence d'intérêt direct et personnel (37); parfois, ils vont même plus loin et fondent l'exonération des dépens sur ce que la fonction du conservateur est toute de protection des intérêts des créanciers (38); quel-

(34) Le conservateur ne pourrait être condamné à des dommages intérêts que s'il agissait « dans un but manifeste de vexation » (JACQUET et VÉTILLARD, p. 439), hypothèse très rare.

(35) Un certain nombre de décisions en ont jugé autrement. Signalons entr'autres, l'arrêt de la Cour de Lyon du 28 juillet 1908 (D., 1910. I. 180).

(36) Paris, 16 mai 1902, S., 1903. 2. 169, note PERREAU, D., 103. 2. 225, note CLARO; trib. civ. Paimbœuf, 15 octobre 1924, *J. des conservateurs*, 9296; trib. civ. Nantes, 20 nov. 1925, *J. des conservateurs*, 9335.

(37) Limoges, 12 février 1909, *J. des conservateurs*, 9816; trib. civ. Caen, 7 janvier 1924, *J. des conservateurs*, 9466; trib. civ. Seine, 19 mars 1925, *J. des conservateurs*, 9422; voir *infra*, p. 190, les décisions citées en matière de sociétés civiles d'obligataires.

(38) Tribunal civil Grasse, 11 décembre 1922, *J. des conservateurs*, 8940; trib. civ. Trévoux, 15 mai 1923, *J. des conservateurs*, 9077; trib. civ. Grenoble, 26 juillet 1911, *Gaz. Pal.*, 1911. 2. 482.

quefois, ils ne prennent pas la peine de s'expliquer (39). Une décision (40) a même cru pouvoir affirmer, pour justifier la décharge des dépens, dont elle voulait faire bénéficier le conservateur, que sa résistance s'expliquait « par un motif presque d'ordre public ». Inversement, en l'absence de difficultés sérieuses, les tribunaux mettent les dépens à la charge des conservateurs.

Contre une pareille jurisprudence, MM. de Loynes et Wahl se sont élevés (41). « Toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens ». Quoi de plus clair et de plus formel que cet article 130 du Code de procédure civile. Y a-t-il seulement de bonnes raisons de faire un exception pour les conservateurs ? On ne peut invoquer l'absence de faute, l'article 130 n'ayant point son fondement dans une faute, ni le caractère de fonctionnaires des conservateurs, les autres fonctionnaires tombant, comme tout le monde, sous le coup de

(39) Trib. civil Neuchâtel-en-Bray, 12 avril 1922, *J. des conservateurs*, 8649.

(40) Trib. civ. Grasse, 21 février 1894, *J. des conservateurs*, 4603.

(41) Cass. req., 25 janvier 1910, D., 1910. I. 177, note DE LOYNES (voir aussi les remarquables conclusions de M. l'Avocat général FEUILLOLEY), S., 1910. I. 450, note WAHL; v. aussi note du même auteur sous S., 1909. 2. 34. *Ubi emolumentum, ibi onus*, déclare ce dernier. Voir aussi HUC, *Commentaire du Code civil*, XIV, n. 207; GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure*, 3^e édition, 773, p. 536, tome 3.

Contra D., 1901. 2. 363, note 4; D., 1903. 2. 225, note CLARO; *Rev. tr. de droit civ.*, ann. 1914, diss. de M. PERREAU, *Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé*, p. 308 et s.; GLASSON et COLMET-DAAGE, *Précis de procédure civile*, 2^e édition, tome I, n. 523; JACQUET et VÉTILLARD, p. 437 et supplément, p. 4; *J. des conservateurs*, 10657.

Cf. BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 2613 et 2622; *Rev. tr. de dr. civ.*, ann. 1910, note LÉVY, p. 450; *Rev. tr. de dr. civ.*, ann. 1914; diss. de M. JAPIOT sur le *fondement des dépens*, p. 523 et s.

l'article dont s'agit, ni le caractère de leur mission, puisqu'ils obéissent uniquement à un mobile intéressé, ni l'article 132 du Code de procédure civile, dont le seul but est d'éviter un circuit d'actions (42), ni l'ordre public, le conservateur n'étant le gardien que d'intérêts privés, ni l'absence d'intérêt personnel, puisque le conservateur cherche surtout, par le procès, à mettre sa responsabilité à l'abri.

De ces critiques dirigées contre les raisons qu'on a présentées pour exonérer les conservateurs, la dernière nous semble la plus contestable. A notre avis, si le conservateur s'abstient de radier, ce n'est point par intérêt personnel; au fond, sa prétention n'est pas opposée à celle du débiteur; on ne peut dire qu'ils soient réellement des adversaires; fréquemment, d'ailleurs, celui-ci déclare prendre tous les frais à sa charge. Quand le refus du conservateur repose sur des raisons sérieuses, il ne fait qu'obéir aux règles de sa fonction. Qu'il gagne au procès d'être déchargé de toute responsabilité, ce n'est là qu'une conséquence. Nous observerons aussi qu'il y a erreur à mêler ainsi la question des dépens et celle de la responsabilité, qui ne joue du reste qu'en cas de faute et qu'à propos de dommages-intérêts.

Nous proposons une autre explication très simple qui a l'avantage de rendre compte de l'unique arrêt que la Cour de cassation a, voici quelque vingt ans, rendu en cette ma-

(42) Cet article prévoit que « les avoués et huissiers qui auront excédé les bornes de leur ministère, les tuteurs, curateurs, héritiers bénéficiaires qui auront compromis les intérêts de leur administration, pourront être condamnés aux dépens en leur nom et sans répétition... ».

tière (43). De l'avis général, l'article 130, en dépit de sa rédaction impérative, laisse un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux (44). Libre à ceux-ci par conséquent de l'appliquer ou non, suivant les circonstances, et de faire pénétrer ainsi un peu plus d'équité dans notre droit (45).

(43) Cass. req., 25 janvier 1910, précité.

(44) Voir notamment la dissertation de M. JAPIOT, précitée, p. 531.

(45) D'une façon générale d'ailleurs, la jurisprudence se reconnaît ce droit en matière de capacité. Voir par ex., pour un agent de change (trib. civ. Seine, 29 mars 1899, D., 1903. 2. 167), pour une compagnie de chemins de fer (trib. civ. Seine, 23 mai 1901, D., 1901. 2. 363).

CHAPITRE VI

Responsabilité du conservateur

SECTION I. — SON FONDEMENT. SA GRAVITÉ

Le conservateur, avons-nous dit (1), est responsable des radiations indûment opérées; faute d'avoir suivi les prescriptions de la loi, il répond des conséquences dommageables de son imprudence, de son ignorance, de sa négligence, d'après les articles 1382, 1383 du Code civil. « Tout fait de l'homme, « qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute « duquel il est arrivé, à le réparer (2) ». Trois éléments doivent donc être réunis : une faute (3), un préjudice, un dommage imputable à cette faute. Selon le droit commun, on tient compte de la gravité de la faute; mais il semble bien qu'une faute très légère ne pourrait donner droit à réparation; ainsi

(1) Voir notamment *sup.*, p. 13, 54 et s.; voir aussi Nancy, 2 juin 1900, *J. des conservateurs*, 5206, D., 1902. 2. 166; les autres fonctionnaires publics ne sont point responsables envers les tiers de leurs simples fautes de service, D., 1924. 3. 49, note APPLETON.

(2) Cf. BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 2612.

A la différence des conservateurs, les agents de change répondent *de plano* de l'identité des parties requérant un transfert des titres de rente (arrêté 27 prairial, an 10, art. 16). Mais dès qu'il ne s'agit plus de titres d'Etat, c'est dans l'article 1382 du Code civil que se trouve la base juridique de leur responsabilité.

(3) Cette faute à sa source dans un manquement à une obligation professionnelle (cass. civ. rej., 16 nov. 1898, D., 1904. 1. 427).

pense notamment M. Vialleton qui déclare (4) : « La faute « génératrice de responsabilité ne peut être qu'une faute caractérisée dans l'exercice de leurs fonctions, une erreur « lourde (5) ».

Ils sont responsables en vertu des articles 2108, 2197, 2199 du Code civil; les cas prévus à ces articles ne constituent point une liste limitative. Cette responsabilité est, du reste, une question de fait, souverainement appréciée par les tribunaux, qui présente, avons-nous dit, tous les caractères de la responsabilité délictuelle. Il est certain qu'elle est très lourde : d'une faute relativement bénigne peut résulter, en effet, un préjudice considérable; elle est d'autant plus grave qu'il répond des fautes imputables à ses commis, fonctionnaires sur lesquels il n'a pas toute l'autorité désirable; il en répond comme des siennes : dans le droit commun, au contraire, la responsabilité des maîtres pour les fautes de leurs subalternes est atténuée; et encore ceux-ci sont-ils librement choisis par eux (6).

(4) Note sous S. 1924. I. 169.

(5) Lorsqu'il y a eu faute de plusieurs personnes, le trib. opérera un partage de responsabilité. Il s'agira le plus souvent d'une faute commise par le notaire et par le conservateur. Ainsi par exemple, quand le notaire a passé un acte de mainlevée en violation des clauses du contrat de mariage, ce qui va à l'encontre du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395), et que le conservateur a radié en vertu d'un tel acte, il y a évidemment faute du notaire et du conservateur. Le tribunal pourra même, en pareil cas, prononcer contre eux une condamnation solidaire (v. cass., 2 janv. 1924, *J. des conservateurs*, 9119). La responsabilité du notaire pourrait également être engagée, s'il dressait mainlevée, malgré qu'il eût connaissance de l'incapacité du renonçant (v. JACQUET et VÉTILLARD, p. 61).

(6) V. *J. des conservateurs*, 10010. Des cas ont dû se présenter, où des individus ou bien des sociétés désirant à tout prix obtenir la radiation ont offert aux conservateurs de les décharger conventionnelle-

SECTION II. — NE SERAIT-IL PAS PRÉFÉRABLE DE
CONFIER AU NOTAIRE LA MISSION DE VÉRIFIER
LES CONDITIONS DE FOND ET DE FORME, ET
PARTANT DE LUI FAIRE ENDOSSER LA RESPON-
SABILITÉ ?

Maintenant qu'on peut considérer comme définitivement tranchée (v. *supra*, p. 54), la question de savoir si le conservateur doit procéder à l'examen de la capacité et des pouvoirs de celui qui donne mainlevée et que l'on sait par conséquent qui, du notaire ou du conservateur, est responsable des fautes commises lors de cette vérification, il n'est pas sans intérêt de se demander lequel des deux est le plus qualifié pour le faire.

§ 1^{er}. — Raisons que l'on peut invoquer
pour le système actuel

En faveur du système actuel militent les considérations suivantes.

La radiation est une opération matérielle vraiment dangereuse (v. *supra*, p. 20); ses effets sont irrémédiables et souvent mal connus des parties. D'autre part, les bénéficiaires des inscriptions peuvent être très vivement pressés d'y consentir. C'est pourquoi il importe au plus haut point d'assurer

ment de tout responsabilité. Pareil engagement serait nul, comme contraire à l'ordre public (v. la note de M. NÉGRÉ, *J. des conservateurs*, 9496). Il y aurait seulement un engagement moral, dont la valeur tient seulement à la confiance que le conservateur met en celui qui le prend. Cf. trib. civ. Thonon, 10 déc. 1913, *J. des conservateurs*, 6808.

la réalisation de cet acte par le tiers qui est le plus apte à résister aux sollicitations des parties. Or, l'on peut estimer que le notaire n'a pas l'indépendance nécessaire; il avertit les particuliers et donne une forme claire à l'expression de leur volonté, mais l'acte est bien leur œuvre, non la sienne; et même sa puissance de persuasion serait-elle exceptionnelle, on comprend qu'il soit plutôt porté à considérer l'affaire comme faisable; par la force même des choses, il ne peut guère se départir d'une certaine partialité. Par ailleurs, la mainlevée est un acte unilatéral. Le notaire n'entend que la voix du renonçant. Ce dernier peut ne pas lui expliquer la chose, telle qu'elle se présente; il se peut même qu'il cherche à égarer le notaire, s'il observe de sa part quelque résistance; il y a là assurément une situation toute différente de celle dans laquelle on se trouve, lorsque l'on vient passer une convention devant son notaire. Il assiste alors aux discussions et n'a qu'à consacrer, en prodiguant ses bons conseils, l'accord intervenu entre les parties.

Voici d'autre part l'argumentation serrée présentée par M. de France de Tersant dans son *Traité des droits d'hypothèques et des salaires* (7) : « La radiation, explique-t-il, produit, dans la plupart des cas, des effets irrévocables, effets « qu'il est impossible d'attacher à un acte de notaire. Un « obstacle capital, c'est que le contrat, quelque forme qu'il « revête, n'est jamais que l'expression d'une prétention sus-

(7) 2^e édition, § 384, note 1.

« ceptible d'être renversée par une prétention contraire. Il
« ne peut donc, par lui-même, sans le secours de la prescrip-
« tion, donner naissance à un droit, mais seulement le trans-
« férer, s'il existe, ou l'éteindre, si le comparant a le pou-
« voir d'en disposer. Et qui peut savoir en quelles mains ré-
« side le droit de disposer de l'hypothèque, sinon le conser-
« vateur, détenant le document qui en est la représentation
« concrète ? »

§ 2. — Réformes désirables

Pour nous, si à la rigueur les choses peuvent rester en l'état, en ce qui concerne les radiations requises par les particuliers (bien qu'il nous paraisse que les notaires seraient mieux placés que les conservateurs pour connaître les volontés des parties, puisqu'ils leur ont donné leur forme) (8), en ce qui concerne les sociétés, au contraire, comme nous le verrons par la suite (v. *inf.*, p. 113 et s.), ce système est plein d'inconvénients. Si l'on chargeait le notaire de vérifier, à la place du conservateur, la capacité et le consentement, on réaliserait, sans doute, une souhaitable simplification. Il n'y aurait plus de pièces encombrantes et coûteuses à fournir. Le recours à la radiation serait incontestablement plus com- mode et moins onéreux.

(8) GARNIER, *Répertoire général de l'enregistrement*, tome VI, 7^e édition, p. 958 et 960. Cet auteur montre bien comme il est difficile de définir le rôle du conservateur en matière de radiation. Ne peut-on voir là le signe que la jurisprudence et la doctrine ont fait fausse route et qu'elles ont choisi, parmi les interprétations possibles de l'article 2157 du Code civil, la moins bonne ?

On dit aussi couramment qu'il est naturel de faire supporter par le conservateur la responsabilité pour les radiations indûment opérées, parce qu'en réalité le préjudice est la conséquence non de la mainlevée, œuvre du notaire, mais de la radiation, œuvre du conservateur (9). C'est un argument sans portée. Les conservateurs ne répondent pas des inscriptions prises indûment. Et pourtant, tout au moins jusqu'à la loi de 1921, elles étaient leur œuvre. La raison, c'est qu'ils n'exercent pas, en cette matière, un rôle actif.

SECTION III. — DOMAINES RESPECTIFS DU NOTAIRE ET DU CONSERVATEUR

Plus délicat est de délimiter le domaine du notaire et celui du conservateur (10). La première obligation du notaire est de s'assurer de l'identité des contractants qui font appel à son concours (11); sa responsabilité, en cas d'erreur sur ce point essentiel, est certaine (12); le conservateur peut se fier à ses déclarations à ce sujet; il n'a pas personnellement de recherches à faire afin de les vérifier.

L'examen de la capacité est, au contraire, un des devoirs

(9) BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 2616.

(10) Voir sur ce point, JACQUET et VÉTILLARD, p. 42 et 43.

(11) Nous savons qu'il est également de son devoir d'éclairer les parties sur les conséquences de leurs conventions (cass. civ., 6 août 1890, D., 91. I. 195; req., 28 déc. 1910, D., 1911. I. 451; civ. rej., 2 janv. 1924, D., 1924. I. 15). Voir notamment sur le rôle du notaire dans le contrat de société, l'étude de M. FAUVEL. « *Le contrat de société et le notariat* », *Recueil civil et notarial*, 1931, 162.

(12) Cass., 18 nov. 1885, S., 89. I. 55.

primordiaux du conservateur (13). Est-ce que le notaire partage sa responsabilité sur ce point ? Aux termes de l'article 11 de la loi du 25 ventôse an XI, les notaires sont tenus de se faire attester, par deux témoins, le nom, l'état, la demeure des parties comparantes, s'ils ne la connaissent pas personnellement. C'est une question difficile que de savoir si cette loi fait au notaire une obligation de s'assurer de la capacité des parties. Autant son devoir de les éclairer est net, autant il y a ici d'incertitude.

Finalement, la jurisprudence et la doctrine tendent à admettre que l'erreur sur la capacité n'est susceptible d'engager la responsabilité du notaire que si l'incapacité est notoire et évidente et que s'il eût pu s'en assurer par la consultation des actes classés dans ses archives (14) (voir l'étude de M. l'Avocat général Mazeaud, qui a paru au *Moniteur judiciaire de Lyon* du 5 février 1923 ; celui-ci démontre de façon magistrale que l'article 11 de la loi du 25 ventôse an XI fait au notaire un devoir de se faire attester l'identité des parties, mais ne leur impose pas, par contre, de s'assurer de leur capacité (15).

Toutefois, le fait remarquer très justement le *Journal des conservateurs* (16), « le notaire, s'il n'est pas en principe res-

« ponsable de l'incapacité des contractants, doit tout au moins

(13) Cass., 12 juin 1847, D., 47. 1. 314 ; il y a eu des décisions qui ont déclaré que c'était au notaire qu'incombait cette vérification (v. trib. Grenoble, 21 déc. 1853, *J. des conservateurs*, 982).

(14) Nancy, 23 avril 1864, D., 1864, 2. 219. Rennes, 15 juin 1892, D., 1892. 2. 592.

(15) Voir notamment BOULANGER, n. 364, p. 464 et s. cf. Lyon, 30 nov. 1922, *J. des conservateurs*, 8826.

(16) *J. des conservateurs*, 10967.

« chercher, autant que possible, à s'assurer de leur capacité ;
« s'il ne le fait pas, il commet une faute qui engage sa res-
« ponsabilité. En effet, il ne faut pas oublier que le notaire,
« qui doit prêter son ministère lorsqu'il en est légalement re-
« quis, est tenu de refuser ce ministère aux personnes inca-
« pables ; c'est pour ce motif que, dans chaque étude, il doit
« y avoir le tableau des individus interdits ou pourvus d'un
« conseil judiciaire ». En fait, le notaire est donc amené à
s'enquérir de la capacité des parties qui font appel à son con-
cours ; il est, en tout cas, prudent de sa part de s'en préoccu-
per (17).

(17) Voir sur cette question BOULANGER, n. 365.

DEUXIÈME PARTIE

*Les Sociétés. — De la Radiation
Des Inscriptions leur profitant*

CHAPITRE PREMIER

Notions générales

§ 1^{er}. — Complexité de la matière

Importance de la notion de qualité

Après avoir dégagé les principes de la radiation et examiné le rôle et la responsabilité du conservateur, il convient d'appliquer nos conclusions à la matière des sociétés. Outre les difficultés provenant de la complexité du sujet, de l'accumulation des conditions de forme et des formalités de publicité, de l'importance des questions en jeu, de la variété des types, il y a, dans le fait que la société ne peut agir par elle-même et doit toujours avoir recours à l'intermédiaire d'un tiers, une sérieuse cause de complication. En d'autres termes, la question de la preuve de la qualité (1) se pose toujours en matière de radiation des inscriptions profitant aux sociétés. La conséquence, au point de vue du rôle du conservateur, est qu'il importe avant tout que ce dernier se pénètre bien de leurs conditions de fonctionnement et d'administration ; il parviendra à les connaître par l'étude des lois et par l'examen des statuts.

(1) *Sup.*, p. 32 ; BOULANGER, n. 37, 364, 365, 366, 367.

§ 2. — Les textes

Les lois régissant la matière sont, outre le Code civil, qui consacre un chapitre à l'étude du contrat de société, le Code de commerce et surtout les monuments législatifs que sont les lois du 24 juillet 1867, du 1^{er} août 1893 et du 22 novembre 1913. Elles édictent deux sortes de règles.

En dehors de l'ordre public qu'il faut respecter en ce contrat comme dans les autres (C. civ., art. 1133), il y a des dispositions impératives, telle l'interdiction d'attribuer tous les bénéfices à l'un des associés (C. civ., art. 1855). Ces dispositions sont nombreuses en matière de société par actions, et nous les mentionnons en passant. En second lieu, il y a des dispositions édictées en prévision des lacunes des statuts (ex. : C. civ., art. 1844).

Mais la plus large initiative est laissée aux volontés qui s'expriment dans le pacte social. S'il est très complet et très explicite, il épargne bien des difficultés, et en particulier, il simplifie singulièrement la tâche des tiers et du conservateur.

L'article 1832 du Code civil définit la société comme suit : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs
« personnes conviennent de mettre quelque chose en com-
« mun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en
« résulter ». La société est donc un contrat synallagmatique et commutatif ; chaque associé s'engage à apporter une chose, moyennant des bénéfices proportionnés à son apport (2).

(2) PLANIOL, RIPERT et LEPARGNEUR, n. 979 et suiv.

§ 3. — Sociétés civiles et commerciales

Les sociétés sont commerciales ou civiles, suivant leur objet (3); les premières font des actes de commerce; les articles 632 et 633 du Code de commerce en donnent l'énumération. Les secondes bornent leur activité à des opérations civiles, telles les spéculations sur les immeubles, les exploitations agricoles. Le nombre des sociétés commerciales s'accroît rapidement aux dépens des autres; c'est ainsi que les exploitations des mines ont été commercialisées par la loi de 1919. D'autre part, la loi du 1^{er} août 1893 a ajouté à la loi du 24 juillet 1867 un article 68, ainsi conçu : « Quel que soit leur
« objet, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront
« constituées dans les formes du Code de commerce ou de la
« présente loi, seront commerciales et seront soumises aux
« lois et usages de droit commun » (4). Donc, du moment qu'une société revêt une forme commerciale, elle sera commercialisée. Que l'on commercialise l'objet ou la forme, de toute façon, on restreint le domaine de la société civile.

§ 4. — Sociétés de personnes et de capitaux

Une importante classification répartit les sociétés en deux groupes : les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux (5). Les sociétés de personnes sont celles où l'on tient

(3) V., à propos de cette distinction capitale, PLANIOL, RIPERT et LEPARGNEUR, n. 989; HOUPIII et BOSVIEUX, I, n. 144.

(4) De même l'article 3 de la loi du 7 mars 1925 décide que « quel que soit leur objet, les sociétés à responsabilité limitée sont commerciales et soumises aux lois et usages du commerce ».

(5) LYON-CAEN et RENAULT, II, n. 100; PLANIOL, RIPERT et LEPARGNEUR, n. 997.

compte des qualités personnelles des individus qui les forment ; plusieurs individus s'associent (ordinairement un nombre restreint), parce qu'ils se connaissent particulièrement : ils savent les services qu'ils attendent les uns des autres ; ils s'inspirent mutuellement confiance ; le type de ces sociétés est la société en nom collectif (6) où les associés répondent des engagements signés de la raison sociale, solidairement et indéfiniment. Les éléments travail et crédit jouant ici un rôle prépondérant, on comprend qu'il soit interdit à un associé de se substituer un tiers et de céder sa part sociale ; c'est ce qui explique aussi qu'en cas de décès, d'interdiction ou de faillite d'un associé, il y a lieu de dissoudre la société. Au contraire, dans la société par actions (7), qui est une société de capitaux, chaque souscripteur n'apporte aucun crédit, ne promet aucun travail : aussi, peu importe qu'il cède ou négocie son titre ; il se retire librement de la société.

§ 5. — Plan de cette partie

Après ces considérations générales, entrons au cœur du sujet. Nous examinerons successivement la radiation des inscriptions profitant aux sociétés civiles, aux sociétés commerciales en nom collectif, aux sociétés anonymes, aux sociétés à responsabilité limitée, aux sociétés civiles d'obligataires ; nous verrons ensuite brièvement l'influence de leur dissolution sur la radiation des inscriptions dont elles sont titulaires. Et pour finir, nous consacrerons un chapitre aux sociétés étrangères.

(6) C. comm., art. 20 et s.

(7) V. loi du 24 juill. 1867, titre I et II.

CHAPITRE II

La radiation des inscriptions profitant aux sociétés civiles

SECTION I. — LES TEXTES. LES GÉRANTS L'ACTE DE SOCIÉTÉ

La société civile est étudiée au Code civil, livre III, titre IX, de l'article 1832 à l'article 1873 : ces textes ont une assez grande importance, parce qu'ils régissent même les sociétés commerciales, sur les points passés sous silence par les lois commerciales et les statuts. D'autre part, ils énoncent certaines règles impératives qu'il est interdit d'enfreindre. La société est un contrat consensuel, c'est-à-dire qu'elle n'exige d'autre condition pour sa validité que le consentement. Quant à la preuve, on s'en rapporte au droit commun des contrats (1). Comment agit-elle ? Quelles sont ses règles d'administration ? Voilà ce qu'il nous faut étudier ; car la radiation est un acte comme un autre, acte souvent très important, qui nécessite ou non des pouvoirs de disposition, suivant que la mainlevée est ou non la conséquence d'un paiement. Sup-

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Traité de droit civil*, 3^e édition, t. XXIII, n. 2, 3, 4, 5, et 32.

posons donc qu'une société civile consente à donner mainlevée et qu'elle requière la radiation.

Comment opérera-t-elle ? Elle agit par l'intermédiaire d'un mandataire appelé gérant, choisi le plus souvent parmi les associés (2). Le nombre de gérants n'est pas limité; s'ils sont plusieurs, chacun d'eux a, sous réserve du veto d'un autre gérant, un entier pouvoir d'administration (C. civ., art. 1859-1). En conséquence, le conservateur radiera sur réquisition d'un seul. Tout cela, bien entendu, sauf stipulation contraire des statuts. Libre à ceux-ci, par exemple, d'assigner à chacun des gérants un domaine distinct ou de disposer que les gérants ne pourront agir qu'à l'unanimité (3) ou qu'à la majorité (C. civ., art. 1857, 1859).

Mais ce qu'il importe surtout de retenir de ces articles, c'est que l'opposition d'un seul gérant suffit pour interdire aux tiers de conclure l'opération. Dans ce cas, le conservateur n'a qu'une attitude possible : le refus de radier. Jusqu'à ce que le tribunal le lui ordonne, il diffèrera la radiation (4). On discute s'il y a lieu de reconnaître à la majorité des gérants le droit de lever l'opposition (5).

Au contraire, lorsqu'un gérant statutaire a été désigné, l'opposition d'un ou de plusieurs associés ne paralyse pas son

(2) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 291 et s.

(3) V. Code civil, art. 1858. « S'il a été stipulé que l'un des administrateurs ne pourra rien faire sans l'autre, un seul ne peut, sans une nouvelle convention, agir en l'absence de l'autre, lors même que celui-ci serait dans l'impossibilité actuelle de concourir aux actes d'administration ».

(4) BOULANGER, n. 355.

(5) V., pour l'affirmative, GUILLOUARD, n. 144; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n. 177; PLANIOL, RIPERT et LEPARGNEUR, n. 1029. Mais en tout cas, la majorité est impuissante, s'il s'agit d'un acte de disposition.

action. En termes très nets, le Code civil l'a dit : « Il peut, « dispose l'article 1856, faire, nonobstant l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration ». Bien entendu, les associés sont libres d'inscrire dans les statuts une clause contraire. Donc, sous réserve d'une clause contraire de l'acte de société, le conservateur ne doit pas tenir compte de l'opposition faite à la réquisition de radiation émanant d'un gérant statutaire. Telle semble bien être la portée de l'article susvisé. Toutefois Boulanger (6) émet une réserve. L'opposition, en principe, n'a pas d'effet, dit-il. Il y a un cas cependant où il est d'avis que le conservateur la prenne en considération, c'est celui où l'opposant arguerait d'une fraude ou d'une faute lourde. Alors, comme l'appréciation de ces vices cachés n'entre pas dans ses fonctions, le conservateur devrait, conclut Boulanger, attendre une décision du tribunal. Il nous suffira de faire observer que cela aboutira le plus souvent à l'inapplication de l'article 1856 à notre matière. Les associés opposants auront vite fait de trouver un motif quelconque, et le conservateur s'abstiendra de radier.

Nous avons déjà pu entrevoir le rôle capital joué par les statuts. La loi elle-même leur donne, sur presque tous les points (V. les articles 1844, 1853, 1856, 1857, 1858, 1859, 1862, 1863, 1864, 1868 du Code civil), une sorte de délégation ; elle n'édicte des règles que pour le cas où ils n'auraient rien prévu.

(6) N. 356, *in fine*.

Il y a là une illustration frappante de cette idée que, dans notre société moderne, l'organisation des rapports entre les individus est, pour une large part, l'œuvre de ces individus eux-mêmes; le mieux est en effet de laisser à la liberté individuelle une grande initiative, tout en la canalisant dans un moule protecteur aussi souple que possible. Cela est particulièrement bien observé dans la troisième partie du remarquable ouvrage de M. René Demogue « *Les notions fondamentales du droit privé, essai critique* », paru en 1911, que M. Capitant analyse dans une étude pénétrante (7), dont nous citerons le passage suivant : « Signalons surtout, comme remarquable, la comparaison entre la loi et le contrat, l'une descendant du cadre majestueux où la plaçaient nos pères, cessant d'être considérée comme la raison écrite, la règle perpétuelle, générale; l'autre s'élevant bien au-dessus de sa sphère primitive, gagnant en ampleur, en vigueur et, sous les formes nouvelles des sociétés par actions..., devenant de véritables chartes privées..., et jouant ainsi le rôle de régulateur de l'action des particuliers ».

C'est pour le conservateur un droit et un devoir impérieux d'exiger le dépôt des statuts; il doit les lire attentivement et apprécier, ce qui est parfois difficile, dans quelles conditions ils permettent la mainlevée.

SECTION III. — LA NOMINATION DES GÉRANTS

§ 1. — Le gérant nommé dans l'acte

Les gérants sont souvent désignés (8) dans l'acte de so-

(7) *Rev. tr. de dr. civ.*, 1911, p. 729 et s.

(8) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 292; PLANIOL, RIPERT et LEPAR-

ciété lui-même; il suffit alors de le consulter pour être renseigné et pour prendre connaissance de leurs pouvoirs. Quand en effet, on pose les bases d'un organisme compliqué, on s'inquiète, au premier chef, de l'administration et on s'occupe de nommer des hommes tout particulièrement qualifiés pour mener à bien les affaires sociales. On désigne un gérant qui inspire confiance; certains même n'acceptent d'entrer dans la société que parce qu'elle sera administrée par tel individu. Le gérant nommé dans l'acte de société fait donc partie intégrante de cet acte. Les conditions de sa nomination sont les suivantes : une simple majorité ne suffit pas; comme sa désignation est une clause du contrat et que le contrat par définition exige l'accord de tous, il ne peut être nommé qu'à l'unanimité.

§ 2. — Cas où le gérant n'est pas nommé dans l'acte

Il se peut que les statuts ne nomment pas le gérant et qu'ils se contentent de prévoir les conditions de sa nomination et la durée de ses fonctions. Alors, une assemblée des associés, réunie après la rédaction de l'acte, désigne un tiers ou l'un des associés et lui donne pouvoir général d'agir au nom de la société; si cela est prévu par les statuts, il semble qu'on puisse se contenter seulement de la majorité (9); si les

GNEUR, n. 1023. Voir aussi l'intéressante étude de M. CORDONNIER, « La notion de gérant statutaire », *J. des soc.*, 1931, p. 1 et s. Les questions relatives à la nomination des gérants et à la cessation de leurs pouvoirs intéressent au premier chef les conservateurs (C. civ., art. 2157). Ils doivent scrupuleusement veiller à la régularité de leurs pouvoirs.

(9) PONT, *Traité des sociétés*, n. 499; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, II, n. 252. Cf. Paris, 21 mars 1921, D., 1923, 2. 125.

statuts sont muets, l'unanimité est exigée, car on considère qu'il y a là une modification tout au moins implicite du pacte social (10).

§ 3. — Cas où il n'y a pas de gérant

A défaut de gérant, il convient d'examiner qui aura qualité pour donner mainlevée au nom de la société. La réponse nous est fournie par le Code civil lui-même, dont l'article 1859 est ainsi conçu : « A défaut de stipulation spéciale sur
« le mode d'administration, l'on suit les règles suivantes : les
« associés sont censés s'être donné réciproquement le pou-
« voir d'administrer, l'un pour l'autre. Ce que chacun fait,
« est valable même pour la part de ses associés, sans qu'il
« ait pris leur consentement, sauf le droit qu'ont ces derniers
« ou l'un d'eux de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit
« conclue ». Donc, à moins que les statuts n'en disposent autrement, chaque associé peut donner mainlevée et requérir la radiation. Il n'aura même pas à prouver sa qualité de mandataire au conservateur, car il agit, non en vertu d'un mandat exprès, mais d'un mandat implicite.

SECTION III. — CESSATION DE LEURS FONCTIONS

§ 1^{er}. — Le gérant statutaire

Il convient d'examiner dans quelles conditions les gérants cessent leurs fonctions.

(10) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 292, *in fine*; *contra*, LACOUR et BOUTERON, n. 289.

Le gérant statutaire (11) fait partie intégrante de l'acte de société ; il est rivé à son poste et les associés sont tenus de l'y laisser durant toute l'existence de la société. L'unanimité elle-même est impuissante à le congédier et n'a que la ressource de dissoudre la société. Dans ces règles, le conservateur trouve une certaine sécurité : il radie en toute tranquillité, s'il en est requis par un gérant statutaire, lequel, par ailleurs, justifie très simplement de sa qualité, par la seule représentation de l'acte de société. Mais il ne faut pas oublier que des clauses contraires sont toujours possibles.

Il y a enfin des cas où la révocation reste permise ; cela résulte de l'article 1856 du Code civil : « Ce pouvoir ne peut « être révoqué sans cause légitime, tant que la société dure ». Donc s'il n'est pas révocable *ad nutum*, il n'en est pas moins révocable pour cause légitime, par exemple pour infidélité ou pour incapacité ; en effet, il y a là inexécution du contrat de

(11) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 294. Il faut bien se garder de croire que la date de la nomination ait quelque influence sur la nature des fonctions du gérant. C'est ainsi qu'on peut très bien nommer, au cours de la vie de la société, un gérant statutaire ; il faudra pour cela insérer une nouvelle clause dans les statuts (Paris, 18 nov. 1926, D., 1927. 2. 113, note RIPERT). Il ne faut pas oublier d'ailleurs que l'on rencontre également des gérants statutaires dans les sociétés commerciales en nom collectif et dans les sociétés en commandite par actions. Dans les sociétés en commandite par actions, même celles, d'après certains auteurs, auxquelles s'applique la loi du 22 nov. 1913, qui permet aux assemblées générales extraordinaires de modifier les statuts dans toutes leurs dispositions, il faut exiger, pour la révocation des gérants statutaires, le consentement unanime, le leur compris (voir arrêt et note RIPERT, précité). Mais il semble bien que, depuis la loi du 1^{er} mai 1930, qui constitue, en quelque sorte, une mise au point de la loi du 22 nov. 1913, cette opinion doive être abandonnée. Il faut donc admettre que, dans toutes les sociétés en commandite par actions, l'assemblée générale extraordinaire aura pouvoir de révoquer le gérant statutaire. Le conservateur n'aura donc pas à exiger, en pareil cas, de l'assemblée, un vote unanime.

mandat ; on estime qu'un seul associé peut s'adresser au tribunal qui apprécie si l'inexécution des obligations est de nature à mettre fin au contrat (12). La rupture prononcée entraîne, d'après certains, la dissolution de la société, pour cette raison que l'inexécution d'une clause d'un contrat doit emporter la chute du tout. Nous ne sommes pas de cet avis. Les associés, en demandant la rupture du contrat de mandat, n'ont en vue qu'une meilleure gestion des affaires sociales et le départ du gérant n'a donc d'utilité que si la société veut continuer à vivre. C'est pourquoi, nous ne pensons pas que la dissolution soit la suite inéluctable du renvoi du gérant (13).

Si le gérant qui succède, procède à une mainlevée d'hypothèque, il devra remettre au conservateur, en plus d'une expédition des statuts, une expédition du jugement qui a donné congé au gérant statutaire ainsi que, suivant les cas, la convention modificatrice du contrat de société ou bien un procès-verbal notarié de la délibération de l'assemblée l'investissant.

§ 2. — Le gérant non statutaire

Le gérant non statutaire est, sauf clause contraire, révocable *ad nutum* ; on lui a conféré ses pouvoirs dans certaines conditions ; on peut de la même façon les lui retirer, sans qu'on ait besoin d'invoquer un motif légitime. Cependant cer-

(12) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 296.

(13) Tel est le cas, soutiennent LACOUR et BOUTERON (I, n. 276), où tous les associés, y compris le gérant révoqué, sont d'avis de continuer la gestion. La jurisprudence (civ., 12 janvier 1852, D., 52. I. 52, S., 52. I. 193 ; req., 9 mai 1860, D., 60. I. 279) estime également que la révocation n'entraîne pas nécessairement la dissolution.

tains auteurs (14) estimant qu'il ne s'agit pas du contrat de société, mais du contrat de mandat, émettent l'avis que la révocation n'exige pas les mêmes conditions que la nomination et que, puisque c'est en réalité la rupture d'un mandat, la volonté d'un associé de mettre fin à ses fonctions est suffisante. Si l'on adoptait cette opinion, on ferait au gérant non statutaire une situation bien précaire (15). Fort heureusement, l'acte de société s'explique d'ordinaire sur tout cela ; bien des difficultés sont ainsi évitées.

Toujours est-il que le conservateur auquel le gérant justifie de sa qualité, n'a pas à s'enquérir du point de savoir s'il a été ou non révoqué ; il sort de son rôle, s'il exige la preuve négative que la qualité n'a pas été perdue (v. *supra*, p. 33).

Les sociétés civiles sont donc administrées tantôt par un gérant statutaire, tantôt par un gérant non statutaire, tantôt par tous les associés faisant chacun fonction de gérant. Nomination et cessation des fonctions sont régies par certaines règles qui d'ailleurs peuvent être mises en échec par des clauses conventionnelles (16).

(14) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 296.

(15) La plupart des auteurs estiment, pour cette raison, qu'il faut exiger une décision prise à la majorité. V. en ce sens, GUILLOUARD, n. 135 ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n. 173. LAURENT exige même l'unanimité (XXVI, n. 306). Cf. Amiens, 31 décembre 1851, S., 52. 2. 128.

(16) Les questions concernant la démission sont traitées dans les mêmes termes que celles touchant à la révocation.

SECTION IV. — ÉTENDUE DE LEURS POUVOIRS

§. 1^{er}. — Pour les connaître, il faut s'en rapporter aux statuts

L'étendue de leurs pouvoirs est déterminée par le pacte social et les modifications postérieurement apportées. Selon qu'ils sont plus ou moins larges, le conservateur jugera, à défaut de clauses expresses, s'ils impliquent ou non la possibilité pour le gérant de consentir seul à la mainlevée et de requérir en conséquence la radiation, sans autorisation spéciale. Si les statuts, hypothèse bien rare, ne donnaient pas sur ce point d'indication, on pourrait avoir recours à la distinction classique entre les actes d'administration et les actes de disposition (v. *supra*, p. 30 et s.); toutefois, en matière de société, la notion d'acte d'administration a une base plus large que dans le droit commun. On entend par là tous les actes nécessaires pour mener à bonne fin les affaires sociales (17) : c'est ainsi que, si la société a pour objet la spéculation sur les immeubles, la vente, acte de disposition par excellence, est comprise dans les actes d'administration permis au gérant. Aussi souscrivons-nous à l'avis de M. Pont (18) : « Tout dépend », dit-il fort justement, « non pas du caractère des actes pris en eux-mêmes, de leur nature, mais de leur rapport avec le but de l'association ». Ainsi, lorsqu'une

(17) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 301; PLANIOL, RIPERT et LEPARGNEUR, n. 1025.

Paris, 30 mars 1912, D., 1914. 2. 57, note LEVILLAIN.

(18) *Sociétés*, n. 515.

mainlevée sans paiement est requise dans l'intérêt de la société ou qu'il est possible d'induire des statuts qu'elle relève du seul consentement du gérant, le conservateur pourra, s'il s'estime suffisamment éclairé, procéder à la radiation sans demander d'autres autorisations. En tout cas, la mainlevée d'une créance (19) soldée est un acte d'administration incontesté; le seul consentement du gérant est exigé. Mais quand la mainlevée se présente vraiment sous l'aspect d'un acte de disposition, il est admis que la délibération des associés autorisant le gérant doit être prise à l'unanimité (20).

§ 2. — De la clause donnant au gérant les pouvoirs les plus étendus

Il est assez fréquent de stipuler dans le contrat que le gérant aura les pouvoirs les plus étendus. S'ensuit-il qu'il peut disposer et en particulier donner mainlevée sans paiement ? Y a-t-il lieu de lui faire application de la règle portée à l'article 1988 du Code civil : « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration » ? La prudence commande de ne pas interpréter cette clause comme une exception à l'article précité; mais, s'il ressort nettement de l'ensemble du contrat que l'on a voulu donner au gérant pouvoir de disposer, le devoir du conservateur est de radier sur sa simple réquisition. Pour se faire un avis, il pourra rai-

(19) JACQUET et VÉTILLARD, p. 656.

(20) BOULANGER, n. 354. On peut inscrire dans les statuts une clause de majorité. Ils peuvent prévoir que la majorité se calculera d'après le montant du capital ou d'après le nombre de voix. S'ils sont muets sur ce point, on calcule d'après le nombre des voix.

sonner, par exemple, par analogie : une clause permettant au gérant de faire un acte sensiblement aussi grave qu'une mainlevée sans paiement pourrait, semble-t-il, dans certains cas, entraîner la décision du conservateur. C'est en ce sens que se prononce le *Journal des conservateurs* (21) : « Un mandat « en termes généraux peut embrasser les actes de disposition « quand apparaît nettement l'intention des parties ». Mais n'oublions pas que la mainlevée sans paiement est, dans l'échelle des actes de disposition, un des plus graves qui soient. Dans le doute, il est recommandé aux conservateurs de s'entourer de l'avis du Comité consultatif.

§ 3. — Compromis et transactions sont-ils permis aux gérants ?

Un point délicat et important, c'est celui de savoir si le gérant a le droit de compromettre et de transiger. Ordinairement, les statuts prévoient ces actes. Mais quid dans le cas contraire ? La plupart des auteurs (22) se prononcent pour la négative ; car, disent-ils, la transaction et le compromis sont des actes graves qui sortent évidemment du domaine de l'administration. La loi ne les considère-t-elle pas comme encore plus dangereux que l'aliénation elle-même, elle qui va jusqu'à

(21) *J. des conservateurs*, 9989. Cf. note CHÉRON sous D., 1930, I. 11 ; le savant professeur distingue le mandat exprès du mandat précis, qui vise un cas bien particulier. Selon lui, le tiers doit exiger un mandat exprès ; mais il n'a pas à demander un mandat précis. En tout cas, il faut bien se garder de croire que le mandat général soit exclusif d'un pouvoir spécial ; il peut, en effet, en contenir un (D. J. G., Mandat, n. 82).

(22) LAURENT, XXVI, n. 310 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n. 304 ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n. 175.

les interdire formellement (tout au moins le compromis, C. Pr. civ., art. 1004 et 83-6°) au mineur, même muni de toutes les autorisations. Toutefois il est à remarquer que ces actes peuvent servir très utilement les intérêts de la société; s'ils répondent à son but, pourquoi les empêcher, les faire avorter, en obligeant le gérant à se faire autoriser ?

Aussi, si une mainlevée transactionnelle apparaît au conservateur manifestement utile, à notre avis (23), il pourrait radier, à condition que cela semble implicitement admis par les statuts. En effet, une mainlevée incorporée dans la transaction est un acte, en général, moins grave qu'une mainlevée sans paiement.

§ 4. — Pièces à produire. Forme de ces pièces

1) *Pièces nécessaires.*

Quelles sont les pièces dont le conservateur est en droit d'exiger le dépôt ? Elles sont plus ou moins nombreuses, suivant les cas. De toute façon, le dépôt du pacte social s'impose : c'est la source des pouvoirs du gérant. A sa lecture, il doit être suffisamment renseigné sur leur étendue, leurs limites, leur durée. Il faut évidemment attacher la même importance à la convention portant modification ou prorogation du pacte primitif (24).

(23) Cf. BOULANGER, n. 350; JACQUET et VÉTILLARD, p. 659.

(24) V, en ce sens notamment BOULANGER (n. 364 et suivants), qui consacre à cette question des développements très importants et pleins d'intérêts. Voir également JACQUET et VÉTILLARD, page 660 et s.

Nous citerons les décisions les plus remarquables : trib. Saint-Pons, 30 avril 1864, *J. des conservateurs*, 1952; trib. Oran, 23 août 1888, *J. des conservateurs*, 3921; trib. Pont-l'Évêque, 12 mars 1907, *J. des conservateurs*, 6100; *Revue hypothécaire*, n. 3360. Si

Si, par la confrontation des termes de l'inscription et du pacte social ou par d'autres indices résultant des pièces déposées, il s'aperçoit qu'il n'a pas sous les yeux tous les éléments suffisants, qu'une pièce lui fait défaut, à bon droit il en réclamera la production.

Au cas où la nomination du gérant n'est pas incluse dans le pacte social, la représentation de l'acte qui lui confère ses pouvoirs, est requise à l'appui de la mainlevée; le conservateur est tenu de veiller à ce que sa nomination ne présente pas d'irrégularités tout au moins apparentes.

Lorsque la convention ne délègue pas au gérant, d'une façon expresse ou implicite, des pouvoirs suffisants pour consentir valablement mainlevée sans paiement, le procès-verbal de la délibération l'y habilitant doit être joint aux pièces énumérées (25).

l'acte régit les rapports d'une société étrangère, il doit être traduit en français par un traducteur juré. De toute façon, on ne peut pas remplacer l'acte de société par un acte de notoriété; le tribunal de Charolles l'a déclaré le 8 février 1878, en termes très nets : « Il ne peut, a-t-il dit, être considéré comme preuve légale par le conservateur » (*J. des conservateurs*, 3190). En effet, la source des pouvoirs est dans le pacte social et non ailleurs.

Certes, il y a des cas dans lesquels les tribunaux ont reconnu l'inutilité de produire l'acte de la société (Grenoble, 21 déc. 1853, *J. des conservateurs*, 982). Mais, ou bien cela provient d'une grave erreur des tribunaux, comme dans le cas précité, ou bien, exceptionnellement, la qualité était suffisamment établie par une décision judiciaire (C. civ., art. 2158, *in fine*), ou bien par la présence et le consentement à la mainlevée de l'unanimité des associés (cass., 19 août 1845, D., 45. I. 357).

Il y a un cas, où l'on pourrait avoir recours à l'acte de notoriété. Ainsi, un individu a pris une inscription au nom d'une société. Lorsqu'il s'agit de requérir la radiation, il ne peut produire les statuts, pour la raison qu'il n'y a pas de société. Lui seul était titulaire de l'inscription. En ce cas, la preuve négative pourrait être faite par un acte de notoriété, accompagné d'une certification du notaire (*J. des conservateurs* 10865).

(25) V. *infra*, p. 160, note (3) *in fine*.

Pour ne pas engager sa responsabilité, le conservateur pourrait et devrait refuser parfois d'obtempérer à la réquisition de radiation. Ainsi en serait-il d'abord si on lui remet des pièces par trop insuffisantes (26). En cas, d'autre part, où la lecture attentive de ces pièces et notamment du pacte social lui révélerait une clause contraire à l'ordre public, il serait bien imprudent de prêter son concours, car ce serait un cas d'inexistence de la société ; il y aurait simplement une indivision. Cette même attitude lui est recommandée, s'il observe quelque irrégularité (27) dans la nomination des représentants de la société ou dans l'exercice de leurs pouvoirs. Il ferait également bien de s'abstenir, s'il constate que la société a dépassé, sans prorogation régulière, le terme qu'elle s'était fixé (28).

2) *Forme des pièces.*

Reste à étudier en quelle forme ces justifications doivent être fournies. L'acte de mainlevée doit être authentique ; nous avons vu que le mandat à fin de mainlevée doit être consenti en la même forme : le mandat, en matière de société, c'est le pacte social, c'est aussi la délibération de l'assemblée des associés. Comme nous l'avons indiqué (v. *supra*, p. 43), le concours d'un officier public, le notaire, est indispensable pour le constater ; c'est la logique qui en décide ainsi ; une

(26) V. *supra*, p. 35, p. 54 et s.

(27) V. JACQUET et VÉTILLARD, p. 657, 672, 685 ; voir également BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 2616 *in fine*.

(28) V. cass. civ., 30 oct. 1918, D., 1923, I. 101 ; 24 juill. 1919, D., 1923, I. 112.

mainlevée sous signatures privées ne peut être qu'un papier sans valeur au regard du conservateur; lorsqu'au contraire elle est revêtue de la forme notariée, celui-ci doit y ajouter foi, car une présomption absolue d'authenticité y est attachée (29).

3) *Quid du gérant statutaire ?*

Il y a une cinquantaine d'années, on a essayé de soustraire le gérant statutaire à l'obligation de produire des pièces notariées, ou plus justement de présenter un mandat notarié, dès lors que ce mandat était constitué par le pacte social (30). A vrai dire, ces efforts ont été tentés seulement à propos de la constitution d'hypothèque, pour laquelle, du reste, la loi du 1^{er} août 1893 a mis fin, en ce qui concerne les sociétés commerciales, à toute difficulté, en portant, dans son article 69, que le mandat conféré par une société de commerce à l'un de ses membres, pour constituer hypothèque sur les biens sociaux, pouvait être constaté en la forme sous seing privé.

La question reste donc entière pour les constitutions d'hypothèques faites par les sociétés civiles. D'autre part, comme nous allons le voir, elle intéresse aussi la mainlevée de l'hypothèque; elle l'intéresse même davantage, parce

(29) V. cass., 21 juillet 1830, S., 36. I. 921; Paris, 17 août 1843, S. 43. 2. 534; Lille, 19 mai 1892, *Revue hypothécaire*, 988.

(30) Voir notamment les notes de LABBÉ sous cass. req., 27 juin 1881, S., 1881. I. 441 et sous cass. civ., 23 décembre 1885, S., 1886. I. 145; voir aussi, concernant ce dernier arrêt, les remarquables conclusions de M. l'Avocat général DESJARDIN, D., 86. I. 97.

qu'elle la concerne dans tous les cas (v. *inf.*, p. 117), que la société soit civile ou commerciale.

Il a d'abord été soutenu que le gérant statutaire était, non un véritable mandataire, mais plutôt un organe nécessaire (31), un intermédiaire légal s'identifiant avec la société. La société, a-t-on dit, a, en tant que personne morale, des organes propres qui l'incarnent et la personnifient aux yeux des tiers. Lorsque ces individus agissent, la société est censée agir elle-même. On trouverait cette idée exprimée dans l'ouvrage de Pothier « *Des personnes* » (32) : « Il est, y lisons-nous, « de la nature de chaque corps (personne morale) d'avoir « un ou plusieurs procureurs, par l'organe desquels il puisse « faire ces choses. Et le fait de ce syndic est censé le fait du « corps ». Pont (33) estime lui aussi que « le gérant d'une « société en commandite n'est pas simplement un mandataire ; « il en est, dit cet auteur, le représentant légal et, on peut le « dire, il est la société elle-même ». On en conclut qu'il n'a pas de mandat notarié à produire au conservateur qu'il requiert de radier.

A cette thèse, toute séduisante qu'elle paraisse, nous ne donnerons pas notre adhésion. Qu'il nous soit permis d'observer tout d'abord qu'elle ne trouve pas d'appui solide dans le Code civil. La notion de gérant statutaire elle-même, c'est à peine si l'on en voit le germe dans l'article 1856, *in fine* ;

(31) V. D., 86. I. 97, la note ; cf. D., 1930. I. 11, note CHÉRON ; voir aussi R. E., 5987, et la note de M. BINET ; voir également BOULANGER, 1^{re} édition, n. 274.

(32) N. 212.

(33) *Traité des sociétés commerciales*, II, n. 1440.

on y lit que le gérant qui tient ses pouvoirs du pacte social ne peut être, à la différence des autres gérants, révoqué que pour une cause légitime. De là à affirmer que le gérant statutaire n'est pas un mandataire, il y a loin. La révocabilité n'est pas de l'essence du mandat (34).

Si, comme on le dit, le gérant statutaire s'identifiait vraiment avec la société, il aurait des pouvoirs souverains. Or, que voyons-nous ? C'est l'acte lui-même qui détermine ses pouvoirs, qui les fixe en durée et en étendue. Constamment, les tiers traitant avec la société ont besoin de consulter les statuts pour examiner les termes dans lesquels ils confèrent mandat au gérant. D'ailleurs, le gérant se définit par le concept de représentation qui précisément permet de reconnaître un mandataire. M. l'Avocat général Desjardins l'a dit, en termes excellents, dans les remarquables conclusions qu'il développa devant la chambre civile de la Cour de cassation, le 23 décembre 1885 (35) : « Le gérant a le pouvoir d'hypo-
« théquer quand on le lui donne, jusqu'où on le lui donne,
« et il le perd quand on le lui ôte. Ce pouvoir que la loi ne lui
« confère ni explicitement, ni implicitement, il le tient néces-
« sairement de la convention. Or, qu'est-ce qu'une conven-
« tion, par laquelle un être collectif charge un individu d'une

(34) Le mandat se caractérise seulement par le concept de représentation (C. civ., art. 1984). Au surplus, depuis plusieurs années déjà, on tend à ne voir dans le concept de la personnalité, en tant du moins qu'on l'applique aux sociétés commerciales, qu'une pure fiction. Voir à ce sujet la si intéressante étude de M. le Professeur MANARA : « *A propos des sociétés de commerce irrégulières et de leur prétendue personnalité juridique* ». (Ann. de dr. co. 1912, 339).

(35) Arrêt précité.

« opération juridique, telle qu'un acte d'aliénation ou de constitution d'hypothèque, si ce n'est un mandat ? » (36).

On a essayé d'une autre voie (37) : on a prétendu que sa nomination, qui constitue une clause secondaire, doit épouser la forme propre de l'acte principal qui la renferme. N'est-ce pas ce qui se passe, lorsqu'une donation se fait par contrat de mariage ? Elle s'absorbe dans celui-ci et se dépouille de ses particularités. Cet argument ne s'est pas imposé ; il pouvait valoir à la rigueur pour la constitution d'hypothèque, encore que nous ne découvrions pas entre la constitution d'hypothèque et le contrat de société les mêmes liens qu'entre le contrat de mariage et le contrat de donation ; mais, en matière de mainlevée, ce ne sont pas des raisons qu'il nous faut, mais une garantie (v. *sup.*, p. 40).

D'un autre côté, nous remarquerons que personne ne s'est avisé de réclamer que la constitution d'hypothèque ou la mainlevée soient passées en vertu de statuts constatés en la forme privée. Or, la jurisprudence (38) a élevé au rang d'un principe que les procurations données pour accomplir de tels actes doivent revêtir la même forme que ces actes. Ce lien d'indivisibilité ne peut être brisé que par une loi ou, tout au moins, par un revirement de jurisprudence (39).

(36) Quand même nous concéderions que ce n'est point un mandat, le gérant n'en serait pas moins obligé à justifier de sa qualité. Or, n'avons nous pas montré (*sup.* p. 44 et s.) que toute pièce destinée à établir la qualité doit être passée par devant notaire ?

(37) RATAUD, *Revue critique*, 1882, 209.

(38) Cass., 12 nov. 1855, D., 55. I. 453 ; 19 janv. 1864, D., 64. I. 292 ; voir aussi les arrêts précités.

(39) V. LYON-CAEN et RENAULT, I, n. 586 ; THALLER et PIC, I, n. 232.

CHAPITRE III

La radiation des inscriptions profitant aux sociétés commerciales de personnes

En principe, les sociétés commerciales se définissent par leur objet. On a coutume de les classer en deux groupes (1), les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. Les premières comprennent : la société commerciale en nom collectif et la société en commandite simple. Celle-ci se distingue de celle-là, en ce qu'elle groupe, à côté d'associés responsables indéfiniment et solidairement, de simples apporteurs de capitaux : les commanditaires. Mais les uns et les autres sont des associés ; leur mort ou leur faillite entraîne la dissolution de la société ; leur part est incessible.

SECTION I. — DIFFÉRENCES ENTRE LES SOCIÉTÉS CIVILES ET LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES DE PERSONNES EN CE QUI CONCERNE LA RADIATION

Entre les sociétés commerciales de personnes et les sociétés civiles, il y a fort peu de différences concernant notre sujet (2). Dans les sociétés commerciales, les pouvoirs du gérant sont un peu plus larges, ou plutôt, ils sont interprétés

(1) D. R. P., Soc., n. 302.

(2) BOULANGER, n. 370.

plus largement qu'en matière civile (3) ; le commerce, en effet, a besoin de rapidité ; il n'est pas bon d'entraver son action ; la promptitude et l'audace sont des conditions du succès.

§ 1^{er}. — La transaction, le compromis

Aussi est-il admis par certains que le gérant (4) d'une société commerciale a, même dans le silence des statuts, pouvoir pour passer des transactions et des compromis ; et pourtant, aucune loi ne l'a décidé : « L'usage commercial, dit M. Pont, fondé sur les besoins du négoce et sur la rapidité nécessaire à la prompte expédition des affaires, a depuis longtemps consacré pour le gérant le pouvoir de transiger et de compromettre sur les intérêts relatifs au commerce de la société ; or, en matière commerciale, l'usage fait la loi, lorsque la loi ne contient aucune disposition contraire (5) ». Toutefois, Boulanger (6) soutient qu'étant donné qu'il y a des difficultés d'appréciation, le conservateur ne radierait pas sans péril.

Evidemment, cette façon de voir s'accorde avec le principe selon lequel le conservateur n'est pas un juge (v. *supra*, p. 54). Mais il ne s'ensuit pas, avons-nous montré (v. *supra*, p. 60), que son rôle s'efface, dès l'instant qu'il y a quelque clause à interpréter. Il doit toujours impartialement s'efforcer de résoudre, par les moyens qui sont à sa disposition, les

(3) BOULANGER, n. 372 ; THALLER et PIC, I, n. 466 ; PERCEROU, *Ann. de dr. comm.*, 1898, p. 130. Cass., 30 octobre 1887, S., 90. I. 218.

(4) V. LYON-CAEN et RENAULT, II, n. 239 ; cf. HOUPIN et BOSVIEUX, I, n. 258.

(5) Soc., n. 1360.

(6) BOULANGER, n. 372.

questions de fait ; il doit lire attentivement les conventions et il ne doit s'abstenir de radier que s'il se trouve arrêté par une clause obscure, dont il ne peut arriver à découvrir le sens (7). On conçoit donc très bien qu'il se décide, dans certains cas, à effectuer une radiation, en vertu d'une mainlevée incorporée dans un compromis ou dans une transaction. C'est pourquoi Boulanger (8) nous semble plus près de la vérité quand il avance : « Aussi doit-on penser que la radiation s'ef-
« fectuerait sans danger en vertu d'un tel contrat (contrat d'a-
« termoiement). Mais il n'échappera à personne que le con-
« servateur serait fondé à refuser d'agir, s'il restait un doute
« sur le sens de l'acte ». C'est précisément ce que nous avons soutenu (v. *supra*, p. 65). Pour exprimer la même idée, sous une forme un peu plus tranchante, nous dirons : on comprendrait le refus de radier, sous prétexte que la volonté de donner mainlevée ne s'induit pas de façon assez impérieuse du texte des statuts ; mais il ne suffirait pas d'alléguer que, le paiement n'étant pas constaté, l'acte dépasse la simple administration. Ainsi, en pareille matière, les motifs de fait sont plus forts que les raisons de droit.

§ 2. — Est-ce la seule différence ?

Y a-t-il une autre différence entre la société commerciale de personnes qu'est la commandite simple et la société civile, dans le fait que l'assemblée de la commandite, autorisant le gérant à passer un acte, doit comprendre tous les associés,

(7) *Sup.*, p. 65.

(8) V. n. 350.

à l'exclusion des commanditaires ? La réponse est négative ; l'assemblée de la commandite comprend et commanditaires et commandités (9) ; tel est l'avis aussi du *Journal des conservateurs* (10) qui soutient que faire une distinction entre commandités et commanditaires serait faire une fausse application des articles 27 et 28 nouveau du Code de commerce. En effet, le fait de participer à une délibération ne ressemble en rien à l'acte de prendre en main la gestion de la société, qui est, savons-nous, défendu aux commanditaires (11).

SECTION II. — LE CONSERVATEUR N'A PAS À VÉRIFIER L'ACCOMPLISSEMENT DES FORMALITÉS DE PUBLICITÉ

§ 1. — Comment la question s'est posée

Outre les pièces énumérées à propos des sociétés civiles, au premier rang desquelles vient l'acte de société, le conservateur a-t-il le droit et le devoir d'exiger des parties un certificat du greffier constatant que les formalités de publicité ont été remplies ? Nous savons, en effet, que les sociétés commerciales, à la différence des sociétés civiles, doivent être publiées. L'article 56 de la loi du 24 juillet 1867, qui reproduit les termes de l'article 42 du Code de commerce, est ainsi conçu : « Les
« formalités de publicité seront observées, à peine de nullité, à
« l'égard des intéressés ; mais le défaut d'aucune d'elles ne

(9) PONT, Soc., II, n. 1461 ; LYON-CAEN et RENAULT, II, n. 401.

(10) *J. des conservateurs*, 7483.

(11) L'immixtion, dit M. WAHL (n. 590), consiste à se présenter vis-à-vis des tiers, au nom de la société.

« pourra être opposé aux tiers par les associés ». L'inobservation des formalités de publicité permet donc de faire prononcer la nullité de la société; le pacte social sera alors considéré comme non avenu; or, il semble que le gérant, organe d'un être nul, ne peut valablement donner consentement à mainlevée; celle-ci ne vaudrait, semble-t-il, que si tous les associés, unis en somme par un simple lien d'indivision, affirmaient, chacun en particulier, leur volonté d'abandonner le signe de l'hypothèque, ou encore, que s'ils donnaient mandat exprès pour ce faire à un tiers spécialement désigné (12).

§ 2. — Motifs pour lesquels le conservateur n'a pas à s'inquiéter de la publicité

Nous pensons au contraire, avec la doctrine et la jurisprudence (13), que le conservateur n'a pas à s'assurer de l'observation des formalités de publicité.

(12) V. notamment Amiens, 31 décembre 1851, S., 52. 2. 128 et Grenoble, 30 avr. 1853, *J. des conservateurs*, 928; voir aussi *Journal des conservateurs*, 576. C'est ainsi que la Cour d'Amiens ne craint pas d'affirmer « que l'accomplissement de ces formalités étant essentiel « à l'existence des sociétés de commerce, il est du devoir et de « l'intérêt des conservateurs d'exiger la justification des publications faites au greffe et un certificat constatant officiellement qu'à « l'époque, où la mainlevée a été déclarée, il n'était survenu aucune modification aux actes de sociétés en question, pouvant altérer la capacité de la personne consentant la mainlevée ». Cette décision est des plus discutables, non seulement en ce qu'elle exige que l'on justifie au conservateur de la publicité, mais encore et surtout dans la raison qu'elle donne, à savoir que la société non publiée est inexistante. Nous allons plus loin. En admettant même que cela soit, il ne s'ensuit pas (voir *inf.*, p. 152 et s.) que le conservateur ait à porter son examen sur la publicité.

D'autre part, nous ferons observer qu'il y a erreur à vouloir imposer à la société la charge d'administrer la preuve qu'il n'a pas été apporté de modification aux actes (v. à ce sujet *sup.*, p. 33).

(13) D. J. G., Hyp. n. 614-1; BOULANGER, n. 399; JACQUET et VÉTIL-LARD, p. 669; voir aussi, *J. des conservateurs*, 8898, 8905, 9652. Cass., 16 mai 1859, D., 60. 1. 339; 7 décembre 1891, D., 92. 1. 617.

Il n'est que de lire attentivement les termes mêmes de la loi pour s'en convaincre (14). La loi, en effet, qui a prévu le cas où les sociétés ne se soumettraient pas aux publications par elle édictées, a établi la sanction suivante : « Les formalités seront observées, à peine de nullité, à l'égard des intéressés; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé aux tiers par les associés ». (Loi 24 juillet 1867, art. 56). C'est ce second membre de l'article qui nous intéresse ici; il signifie que la société ne pourra pas se prévaloir, à l'encontre des tiers, de ce qu'elle aura manqué de procéder aux publications. Cette disposition est fort équitable; en effet, la publicité protège les tiers, ils sont bien fondés à se plaindre de son inobservation, qui est imputable à la société; en pareil cas, c'est avec raison que la loi les a jugés plus dignes d'intérêt que les associés; aussi est-elle venue à leur secours. Aurons-nous démontré que le conservateur peut être rangé parmi ces tiers, alors, en vertu de la disposition susvisée, nous concluons qu'il n'a pas à redouter, pour le cas où la nullité de la société serait prononcée, que les représentants sociaux l'actionnent en responsabilité, à raison de la radiation par lui opérée, malgré le défaut de publicité. Or, on s'accorde pour dire que la notion de tiers, telle que l'entend l'article 56 susvisé, est très compréhensive. Voici comment la Cour de cassation l'a définie (15) : « Il faut tenir pour tiers », a-t-elle dit, « tous

(14) V. *inf.*, p. 146 et s.

(15) Cass., 31 décembre 1889, D., 90. I. 253. La notion de tiers est très large; ainsi la Cour de cassation a eu l'occasion de reconnaître cette qualité à l'Administration de l'Enregistrement (cass., 29 janv. 1881, D., 81. I. 265).

« ceux qui, n'étant point chargés de veiller à l'accomplissement des formes légales de publicité, ne sauraient être rendus responsables de leur omission ». Quels sont donc ces individus, à l'exclusion desquels tout le monde est considéré comme tiers ? Quelles sont les personnes chargées de procéder à la publication de la société ? Ce sont les fondateurs, ce sont les organes sociaux, ce sont les associés. Eux seuls sont au courant des clauses inscrites dans le pacte social ; on ne peut imposer l'obligation de la publication à aucun autre et surtout pas au conservateur. Il suit de là qu'il est bien un tiers au sens de l'article 56 ; il n'a donc pas à s'inquiéter de savoir si la société s'est conformée aux règles de publicité.

Du reste, il n'y a qu'à se reporter à ce que nous avons dit (voir *sup.*, p. 54), concernant le rôle du conservateur : « Il radie du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet ». Ainsi décide l'article 2157 du Code civil. Il est dit à l'article suivant qu'il se fait déposer l'acte portant consentement. La raison nécessaire et suffisante pour qu'il radie, c'est qu'on lui présente le consentement d'une personne qui a qualité et capacité, constaté en la forme authentique. Or, ces formes de publicité n'ont rien de commun avec la capacité, pas plus qu'avec le consentement et la qualité. Du reste, le défaut de publicité n'est au fond qu'une simple omission ; la publicité n'a rien à voir au contrat lui-même et n'affecte en rien son essence (16).

Ajoutons à cela que la nullité édictée par l'article 56 de

(16) THALLER et PERCEROU, I, n. 366.

la loi du 24 juillet 1867, encore qu'elle soit d'ordre public, agit, comme d'ailleurs la plupart des nullités en matière de sociétés commerciales, à la façon d'une simple dissolution anticipée. La société n'est point alors considérée comme rétroactivement anéantie, tout au moins vis-à-vis des associés et des tiers qui préfèrent opter pour cette solution. Ainsi, d'ordinaire, même lors de la liquidation, on continue à exécuter le pacte social (17).

Au surplus, faire au conservateur une obligation de s'assurer de la publicité des sociétés de commerce serait une mesure de nature à accroître les lenteurs et à multiplier les procès.

§ 3. — Réformes nécessaires

Quant à savoir s'il n'y aurait pas une réforme heureuse à accomplir, non en superposant le mode de renseignement que constituent les justifications notariées et celui que nous venons d'examiner, mais en substituant le second, qui est très simple et très complet, au premier qui est très compliqué, c'est une question qui nous paraît digne d'être retenue.

Voyons, en quelques mots, l'utilité qu'il y aurait à mettre au point une réforme en ce sens.

Tout d'abord, on a vu des cas où les sociétés étaient dans l'impossibilité de fournir les pièces régulières, notamment

(17) LYON-CAEN et RENAULT, II, n. 217, 236, 785; THALLER et PIC, II, n. 1013.

Cass. civ., 5 janvier 1886, D., 86. I. 122; 15 nov. 1892, D., 93. I. 13; req., 6 décembre 1910, D., 1912. I. 475, note LEVILLAIN; Lyon, 28 février 1907; D., 1913. 2. 265, note PIC.

des mandats notariés. Lorsque l'assemblée se réunit pour conférer des pouvoirs au conseil d'administration, lorsque le conseil d'administration délègue à un tiers ses attributions, souvent ils ne pensent pas, en effet, à faire intervenir le notaire. Ils ne confèrent donc qu'un mandat sous seing privé et, lorsque le jour vient de fournir la pièce en la forme notariée, ils en sont empêchés (18).

En second lieu, les notaires eux-mêmes ignorent souvent les difficultés de cette matière spéciale. D'autre part, les conservateurs qui ont, pour venir en aide aux sociétés, adopté une attitude accommodante, ont chacun leur façon de procéder (v. *sup.*, p. 42). Si bien que les parties ne savent pas trop à quoi s'en tenir.

Et puis, les justifications peuvent dater et ne pas représenter les choses telles qu'elles sont actuellement. Qui dit que le gérant actuel est bien celui que le pouvoir désigne ?

Il y a enfin des risques d'erreurs assez nombreux. Les sociétés n'aiment pas à faire entrer le notaire dans le secret de leurs affaires; leurs opérations par ailleurs, frisant trop souvent l'irrégularité, elles ne voient pas son intervention sans crainte, et sont portées, dans leur méfiance, à lui masquer bien des choses. Ajoutons que le recours au notaire ne va pas sans engendrer des lenteurs et sans occasionner des frais élevés.

(18) Ainsi la règle du mandat authentique cause bien de la gêne; toutefois, l'intervention du notaire ne présente pas que des inconvénients; elle constitue le meilleur gage de l'honnêteté et de la régularité des opérations.

La clef du problème, c'est le recours à un système complet et simple de publicité. Il est avéré que le système des justifications notariées est très difficilement applicable en matière commerciale. La publicité existe. Pourquoi ne pas s'en servir, en matière de radiations ? N'est-il pas de règle qu'un acte sous seing privé devient, de par sa publication, opposable aux tiers ? Ainsi faite, la radiation deviendrait d'un emploi commode. Les renseignements seraient complets. Nous voyons aussi les risques d'erreurs diminuer. En effet, il est fort rare que les sociétés publient au greffe des renseignements inexacts ; elles n'ont point intérêt à tromper, n'envisageant pas, au moment où elles s'inscrivent, l'occasion de frauder.

Une réforme utile pourrait, à notre avis, se faire en ce sens. A la garantie que constitue l'authenticité, on pourrait, semble-t-il, avec beaucoup d'avantages, substituer un système basé sur la publicité (19).

En plus des avantages pratiques que nous venons de signaler, on doit remarquer que cela serait conforme au système suivi d'une façon générale. Quand on craint qu'un acte porte préjudice à un tiers, on décide que cet acte ne lui sera opposable qu'une fois qu'il sera publié (20). Au contraire, la forme notariée n'est pas ordinairement requise dans ce but. Qu'elle soit une condition de forme ou qu'elle soit laissée à la volonté des parties, elle a pour raison d'être la protection

(19) Ou bien, mieux vaudrait, plutôt que de s'en tenir au système actuel, substituer le notaire au conservateur, dans le soin de vérifier capacité et qualité des parties (v. *sup.*, p. 74).

(20) Voir cass. civ., 3 avril 1892, S., 93, I. 33, note MEYNIAL.

des parties elles-mêmes (Cf. *sup.*, p. 35 et s.). Il y aurait d'autant plus de raisons d'adopter le système proposé que nous sommes ici en matière commerciale, où l'on répugne aux complications, et que d'autre part, la publicité des sociétés est chose depuis longtemps réalisée.

CHAPITRE IV

Les mandataires des sociétés commerciales doivent justifier de leurs pouvoirs en la forme authentique

SECTION I. — POSITION DE LA QUESTION

Malheureusement, dans l'état actuel du droit, il n'en est pas ainsi, et si la notion de pouvoirs authentiques a, en ce qui concerne les sociétés, subi de multiples assauts, soit inaction, soit ignorance des pouvoirs publics, l'ancien système subsiste intact.

Nous allons voir comment, sur la question des pouvoirs présentés par les mandataires des sociétés commerciales, une discussion a surgi à la suite de la loi capitale du 1^{er} août 1893 sur les sociétés par actions (1).

C'est un principe dans notre droit que le mandat doit être passé en la même forme que l'acte en vue de l'accomplissement duquel il est donné (2). Cela est aisément explicable. L'exigence d'une forme spéciale procède du désir de protéger la volonté de l'individu qui traite l'affaire ou d'apporter aux tiers, ici, au conservateur, d'indispensables garanties

(1) LYON-CAEN, *Commentaire de la loi du 1^{er} août 1893*.

(2) V. *sup.*, p. 43 et s.

quant à l'identité des parties, quant à l'authenticité et quant à la régularité de l'acte. La volonté est exprimée dans le mandat. C'est pourquoi il doit être, comme la mainlevée elle-même, passé devant notaire.

Jusqu'à la loi capitale du 1^{er} août 1893 sur les sociétés par actions, le principe que nous avons posé, s'appliquait aussi bien aux sociétés commerciales qu'aux sociétés civiles. L'authenticité des pièces justificatives était requise pour les unes comme pour les autres. L'article 69 de cette loi vint soulever le point de savoir si les conservateurs avaient le droit de continuer à exiger l'authenticité des pouvoirs conférés à fin de donner mainlevée des inscriptions profitant aux sociétés de commerce. Cet article dispose « qu'il pourra être consenti
« hypothèque au nom de toute société commerciale en vertu
« des pouvoirs résultant de son acte de formation même sous
« seing privé, ou des délibérations ou autorisations constatées dans les formes réglées par ledit acte ». Il permet donc la constitution d'hypothèque par une société de commerce, en vertu des pouvoirs donnés par acte sous seing privé. Il est très net sur ce point, mais il ne dit que cela. Il ne dit mot de la mainlevée. Toutefois, certains auteurs (3), et non des moindres, ont voulu déduire de ce texte des conséquences qui seraient, paraît-il, sous-entendues; ainsi, leur avis est de l'appliquer purement et simplement aux justifications que l'on

(3) Voir diss. de M. HOUPIN, *J. des conservateurs*, 4419. Se prononcent dans le même sens AUBRY et RAU, III, § 281, note 15; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 1851; *Pandectes françaises*, Priv. et hyp. n. 12889; PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, n. 852; JACQUET et VÉTILLARD, p. 673.

dépose à l'appui de la mainlevée. Nous affirmons au contraire (4) qu'il n'en est rien, que la loi de 1893 ne concerne la mainlevée en aucune façon.

SECTION II. — THÈSE DE M. HOUPIN :
LA LOI PERMET DE PRÉSENTER
POUR LA RADIATION
DES POUVOIRS SOUS SEING PRIVÉ

La première opinion a été clairement exposée par M. Houpin dans le *Journal du notariat* ; le *Journal des conservateurs* l'a reproduite sous le numéro 4419 (4 bis).

§ 1^{er}. — Il s'autorise des précédents et du but de la loi

Il prétend tout d'abord que les conservateurs n'ont exigé la forme authentique des statuts et des délibérations que depuis une date récente, depuis 1877 seulement. Auparavant, ils considéraient que les statuts et les délibérations avaient quelque chose d'authentique en eux-mêmes. S'il en est ainsi, ils n'ont qu'à revenir à leur ancienne façon de procéder. Pourquoi seraient-ils plus exigeants aujourd'hui qu'autrefois ?

Le but de la loi, poursuit-il, n'est pas douteux. Ce que le législateur a voulu, c'est épargner aux sociétés des formalités coûteuses ; c'est aussi éviter des complications : il faut faciliter le fonctionnement des sociétés. Or, puisqu'on enlève

(4) A la suite de M. NÉGRIÉ, rédacteur en chef du *Journal des conservateurs*, qui a écrit, sur cette question, une série d'articles publiés par le *J. des conservateurs*, dans lesquels il réfute, avec beaucoup de vigueur, la thèse adverse.

(4 bis) V. aussi HOUPIN et BOSVIEUX, I, n. 607, *in fine*.

les obstacles à la constitution des hypothèques, il faut de même accorder toute facilité pour la mainlevée : il ne peut y avoir deux poids et deux mesures : sinon, il y aurait manque d'harmonie, et surtout, l'heureuse réforme apportée par le Parlement se révélerait inefficace. Que l'on se conforme donc à l'esprit de la loi, au désir certain du législateur.

A ceux qu'impressionnerait le silence de la loi, on répond qu'évidemment elle eût mieux fait de prévoir l'hypothèse de la mainlevée, mais, qu'en l'occurrence il faut tenir compte de l'ignorance probable des membres du Parlement ; ou bien cela peut être un simple oubli, car il n'y a eu ni discussion devant le Parlement, ni travaux préparatoires.

§ 2. — Les délibérations seraient revêtues d'une sorte d'authenticité

D'autre part, l'acte de société et la délibération du conseil d'administration ou de l'assemblée, non passés devant notaire, ne peuvent être entièrement assimilés à un acte sous seing privé ordinaire (5) ; les associés se tiennent en un certain lieu, dans certaines conditions de publicité ; un certain quorum, une certaine majorité sont requis ; il existe des organes de contrôle ; enfin la société est une organisation importante que le public connaît ; tout cela ne confère-t-il pas une sorte d'authenticité aux justifications présentées ?

(5) V. BAUDOT, *Formalités hypothécaires*, n. 968, 969, 674 ; également BOULANGER, 1^{re} édit., n. 274.

§ 3. — Argument *a fortiori*

Et voici, réservé pour la fin, l'argument *a fortiori*.

La constitution d'hypothèque, dit-on, ne nécessitant plus de procuration, à plus forte raison doit-il en être de même de la mainlevée. Il est illogique de se montrer plus exigeant pour défaire que pour créer ; on ne saurait faire échec à la règle du parallélisme des formes (6), d'autant plus que la mainlevée est d'ordinaire un simple acte d'administration, alors que la constitution d'hypothèque est un acte de disposition très dangereux (7).

SECTION II. — REFUTATION

La majorité de la doctrine a suivi cette argumentation. Quant à nous, pour habile qu'elle soit, elle ne nous semble nullement convaincante.

§ 1^{er}. — De tout temps, les conservateurs ont exigé des pouvoirs authentiques

Tout d'abord, c'est de tout temps que les conservateurs, par application de l'article 2158 du Code civil et des principes du droit, réclament, des assemblées et de leurs organes, des pouvoirs authentiques. Voici ce que nous lisons sous l'article 369 (année 1847) du *Journal des conservateurs* : « Si donc ce

(6) Cf. PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, n. 850.

(7) BOULANGER lui-même semble s'être laissé abuser. Après avoir implicitement admis (n. 29) que, la loi, eût-elle décidé la validité du mandat sous seing privé pour constituer hypothèque, il ne s'ensuivrait pas qu'il doive en être de même pour la radiation, il semble (n. 367) avoir oublié la différence qu'on doit faire entre ces deux actes et parle d'appliquer les décisions rendues en matière de constitution d'hypothèque, par analogie, à la mainlevée.

« mandat (il s'agit du mandat donné au liquidateur d'une so-
« ciété commerciale) résulte d'un acte sous seing privé, il est
« insuffisant pour donner mainlevée d'une inscription hypo-
« thécaire, car il est aujourd'hui consacré par la jurispru-
« dence que ce mandat à l'effet de consentir une radiation
« d'inscription doit être authentique comme le consentement
« lui-même. » On peut donc considérer comme établi que ce
n'est pas seulement depuis 1877, comme la thèse combattue
l'affirme, mais depuis toujours, que les conservateurs exi-
gent des sociétés des pouvoirs authentiques pour requérir la
radiation.

Ce qui est vrai, c'est qu'en 1877 un jugement (8) est venu
affirmer que la délibération des associés, autorisant la cons-
titution d'hypothèque, devait être passée devant notaire. Les
juges ont tout simplement fait application du grand principe
incontesté que le mandat de constituer hypothèque doit être
authentique.

D'autre part, non seulement cette décision de 1877 n'a
rien de révolutionnaire, mais, comme nous allons le voir, eût-
elle opéré un revirement, elle n'aurait pas à être invoquée à
cette place ; la radiation et la constitution d'hypothèque sont
choses très différentes.

§ 2. — Le vrai but de la loi

La thèse que nous combattons prétend répondre au vrai
but de la loi. Autrement dit, si elle n'est pas exprimée dans

(8) Paris, 5 juill. 1877, S., 77. 2. 295.

les lignes mêmes du texte, elle en est, soutient-elle, dans l'esprit. En raisonnant de la sorte, elle paraît supposer que l'article 69 demande à être interprété comme s'il y avait, dans ses termes, quelque cause d'obscurité, quelque expression vague, sibylline, équivoque ou concentrée à l'excès. Rappelons donc intégralement la teneur dudit article : « Il pourra être consenti
« hypothèque au nom de toute société commerciale, en vertu
« des pouvoirs résultant de son acte de formation, même sous
« seing privé, ou des délibérations ou autorisations constatées dans les formes réglées par ledit acte. L'acte d'hypothèque sera passé en forme authentique, conformément à
« l'article 2127 du Code civil. » N'est-ce pas d'une clarté et d'une précision parfaites ? Il y est dit tout simplement que le mandat donné par une société de commerce pour constituer hypothèque pourra être passé sous signatures privées. En présence d'un texte rédigé avec cette netteté, il n'y a pas de place pour l'interprétation, et cela d'autant plus qu'il est rangé parmi les dispositions diverses de la loi du 1^{er} août 1893 ; on n'a donc pas à le faire cadrer avec un contexte quelconque ; il n'y en a point (9).

Essayons néanmoins de pénétrer dans les vues du législateur ; nous verrons ainsi que la thèse que nous repoussons, s'est arrêtée à des considérations superficielles. « On a visé,

(9) Nous croyons bon d'observer, à ce sujet, que la loi du 1^{er} août 1893 n'est point, comme l'est celle du 24 juillet 1867, une loi générale, s'inspirant de considérations souvent théoriques. Sous la pression des nécessités de la pratique, elle règle des hypothèses souvent diverses, des cas bien particuliers ; c'est la méthode essentiellement empirique, dont le législateur actuel n'a que trop tendance à abuser.

« dit M. Houpin, la constitution d'hypothèque, parce que
« c'est surtout à cette occasion que les difficultés se présen-
« taient ordinairement ». Et plus loin : « Autrement, (c'est-à-
« dire, si l'on n'étendait pas aux mainlevées la facilité accor-
« dée par la loi), le but de la loi (suppression des délibérations
« authentiques) ne serait pas atteint ». Cela revient à ceci : en
faveur des sociétés, la loi du 1^{er} août 1893 a pris des mesures
de simplification, elle n'a prévu que le cas le plus fréquent et
n'a nullement entendu exclure la mainlevée du cercle de ses
améliorations.

Prenons au contraire la loi, telle quelle. Que prévoit-elle ?
Elle vise les constitutions d'hypothèques par les sociétés com-
merciales. Pourquoi a-t-elle voulu simplifier cette opération ?
On ne simplifie pas, en effet, pour le plaisir de simplifier.
Est-ce pour éviter des frais ? Nous convenons, et M. Clausel
de Coussergues, le rapporteur (10) de la loi, le dit lui-même,
que c'est bien un peu pour cela. Si c'était la seule et unique
raison, il n'y aurait pas de motif, hormis celui que nous avons
indiqué (p. 123) et qui est tout à fait décisif, pour ne pas ap-
pliquer aux mainlevées la simplification apportée par la loi
aux constitutions d'hypothèques. Mais, nous déclare le rap-
porteur, ce qui rend vraiment nécessaire le vote de l'article
en question, c'est que, sous l'empire de la législation exis-
tante, « il devient dans certaines sociétés presque impossible
« de constituer une hypothèque inattaquable ». Ainsi se trouve
dévoilée la raison d'être de l'article 69 susvisé. On comprend

(10) V. D., 1893. 4. 71.

facilement, en effet, que, si la société ne peut donner à ses créanciers que des sûretés fragiles par suite de l'impossibilité où elle se trouve parfois de donner à son mandataire des pouvoirs authentiques, elle aura du mal à trouver prêteur ; si bien qu'elle se verra obligée de consentir d'autres avantages. Son crédit sera sérieusement atteint. C'est à cet état de choses tout à fait regrettable que l'art. 69 a voulu remédier ; et il l'a fait tout simplement, en décidant que désormais la société pourrait valablement conférer, par procuration privée, le droit de constituer hypothèque. Il ne s'agit donc pas du tout de la mainlevée.

Nous ajouterons qu'à cette époque, les sociétés par actions, les grandes sociétés anonymes, étaient en plein développement. Pour s'équiper, il leur fallait de vastes capitaux. Le moyen de les capter, il était de toute nécessité de l'adapter à la pratique commerciale. Seule était à l'ordre du jour cette question de la constitution des hypothèques (11). Celle de la mainlevée ne se posait même pas. Pour cette raison, on ne saurait étendre la portée du texte de l'article 69, admettrait-on même qu'il a tout simplement pour but de diminuer les frais en matière hypothécaire. Mais il procède incontestablement du désir d'accroître le crédit des sociétés commerciales. A plus forte raison donc, ne l'appliquera-t-on pas à l'hypothèse de la mainlevée.

A la rigueur, on pourrait soutenir que la société verra

(11) V. *J. des conservateurs*, 6597, l'excellente étude de M. NÉGRIÉ ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n. 607. Voir aussi *sup.*, p. 102, les arrêts cités.

son crédit accru, si elle obtient, avec plus de facilité, la mainlevée des hypothèques qui grèvent son patrimoine. Mais, en pareil cas, celui qui consent mainlevée, c'est le créancier civil ordinairement la société civile d'obligataires, auquel la loi ne peut s'appliquer, puisqu'elle ne concerne, M. Houpin le dit lui-même, que les sociétés commerciales. La thèse combattue vise donc le cas où la mainlevée est consentie par une société de commerce (12).

En somme, il ne s'agit pas seulement, dans cette interprétation, d'une simple extension du texte de la loi (ce qui, nous l'avons vu, p. 123, et nous le verrons, p. 128, est déjà d'une singulière témérité), on fait plus : on renverse l'hypothèse prévue par la loi, qui est celle où une société consent hypothèque, et l'on y assimile le cas absolument inverse, où une société commerciale donne mainlevée. Au cas prévu, où la société est envisagée comme emprunteuse, on étend par analogie celui où elle a la position de prêteuse. Cela est autrement plus grave que si l'on se bornait à ajouter un exemple à une énumération.

Sur le but et sur l'interprétation de cet article 69 de la loi du 1^{er} août 1893, le *Journal des conservateurs* a recueilli l'opinion de savants jurisconsultes. Voici la réponse du pro-

(12) Il importe d'ailleurs de bien remarquer qu'il y a moins d'insécurité pour le créancier qui consent mainlevée que pour le créancier qui inscrit son hypothèque. En effet, dans le premier cas, sa sécurité est assez bien assurée par la large responsabilité personnelle supportée par les conservateurs. Au contraire, lorsqu'il obtient hypothèque, personne n'est là pour assumer les risques, pour le cas où elle serait mal constituée. Au surplus, si le conservateur n'y consent, on peut demander aux tribunaux d'ordonner la radiation. Rien de semblable en matière de constitution d'hypothèque.

fesseur Eugène Petit (13) : « Le législateur a voulu, en somme, « favoriser les obligataires, en leur permettant d'obtenir plus « facilement constitution d'hypothèque. Mais cette sûreté, une « fois obtenue, il ne faut pas qu'elle puisse être enlevée sans « garantie. Le motif qui a porté le législateur à faciliter la « constitution d'hypothèque doit conduire à en assurer la « conservation et par suite à se montrer, pour la mainlevée, « au moins aussi exigeant que dans les cas ordinaires ». Le savant professeur ajoute (14) : « C'est aller contre l'esprit de « la loi que d'étendre les facilités accordées pour constituer « des garanties, à la suppression de ces garanties elles-mêmes ».

Il ne semble pas possible non plus de mettre le silence de la loi sur le compte de l'ignorance ou de l'oubli. Le rapporteur, M. Clausel de Coussergues, avocat à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat fort distingué, ne peut vraiment pas être taxé d'ignorance. Et même, à supposer que la loi soit mal faite, ce n'est certes pas à la doctrine de la refaire.

§ 3. — L'expression « une sorte d'authenticité » n'a pas de sens

D'autre part, nous ne pouvons pas admettre que l'acte et les délibérations d'une société soient, lorsqu'ils sont passés sous signatures privées, revêtues d'une sorte d'authenticité. « Un acte authentique, nous dit Baudry-Lacantinerie (15),

(13) *J. des conservateurs*, 6656.

(14) *J. des conservateurs*, 6807.

(15) *Des obligations*, III, n. 2609.

« est celui qui émane régulièrement des personnes revêtues
« d'un caractère public, et qui ont reçu de la loi mission de
« constater officiellement certains faits » (V. aussi C. civ.,
art. 1317). Donc ce sont certaines formes qui font l'authenticité, et notamment l'intervention d'un officier public. Ou bien cet officier intervient et instrumente dans les formes requises, et alors l'acte est authentique, ou bien on se passe de son concours, et alors l'acte n'est pas authentique. L'authenticité est ou n'est pas. On ne peut en approcher. C'est pourquoi, dire qu'un acte est revêtu d'une sorte d'authenticité, c'est employer une expression vicieuse.

Enfin, la complication de l'organisme, la multitude des nullités de forme qui se glissent dans la constitution et lors des délibérations, l'importance des capitaux engagés, la facilité des fraudes : voilà bien des raisons pour renforcer les garanties. Serait bien imprudent qui les supprimerait.

§ 4. — L'argument *a fortiori* ne tient pas

L'argument *a fortiori* ne nous émeut pas davantage. Pour qu'il soit probant, il faudrait, c'est la première condition, trouver une analogie entre les deux cas visés. Or, nous avons vu que la forme authentique exigée pour la constitution d'hypothèque et pour la radiation ne se justifie pas exactement par les mêmes raisons (v. *supra*, p. 35 et s.). Mais il faut bien remarquer : on ne se contente pas d'un argument par analogie : En effet, après avoir implicitement admis que la forme notariée s'expliquait de la même façon dans les deux cas, on

sous-entend que la constitution est un acte plus grave que la radiation ; cela nous semble très contestable ; comment s'expliquer, si on admet pareil raisonnement, que la loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851 dispose que le mandat à l'effet de constituer hypothèque peut être donné par acte sous seing privé reconnu en justice, alors que le mandat à l'effet de radier doit toujours être authentique ? Comment se fait-il que la loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime et la loi du 17 mars 1909 sur les fonds de commerce exigent l'acte authentique pour la radiation, et permettent l'acte sous seing privé pour la constitution ?

L'argument *a fortiori* trouve donc un démenti dans la législation elle-même. M. Grivart, le rapporteur de la loi de 1874 sur l'hypothèque maritime, nous donne la raison de cette différence de traitement, surprenante au premier abord, de la constitution d'hypothèque et de la radiation (16) : « La radiation d'une hypothèque est un acte grave, puisqu'elle produit des effets irréparables. Aussi convient-il de l'entourer de précautions suffisantes pour prévenir autant que possible toutes les erreurs et toutes les fraudes... Une inscription opérée sans droit n'est pas un fait de bien grave importance ; le dommage qu'elle cause, est complètement effacé lorsque l'annulation a été prononcée... Du reste, s'il y a quelquefois une extrême urgence à constituer l'hypothèque, il n'y en a jamais une aussi grande à la radier (17) ».

(16) Rapport GRIVART, D., 75. 4. 62, note 11.

(17) La Cour de Rennes (10 fév. 1913, *J. des conservateurs*, 6645) fait très justement remarquer « que la nécessité de la production d'un acte authentique lui (au législateur) est apparue si essentielle qu'il

D'aucuns (18) présentent l'argument par analogie d'une autre façon ; il y aurait toute simplement deux actes inverses, la constitution d'hypothèque et la radiation ; et, en vertu du principe du parallélisme des formes, celles prévues pour l'un seraient nécessairement les mêmes que celles prescrites pour l'autre.

Invoquer un tel principe, c'est, semble-t-il, s'aventurer sur un terrain bien dangereux. Outre que ce vieux principe formaliste n'est plus de mise de nos jours, il y a erreur à faire de la radiation l'opération inverse de la constitution d'hypothèque. Il ne faut pas oublier que la radiation n'affecte pas, en principe, le droit d'hypothèque : elle n'est pas l'inverse de la constitution. L'acte contraire à la constitution d'hypothèque, c'est la renonciation à l'hypothèque. Or, même ici, le parallélisme des formes joue si peu que précisément la renonciation s'opère sans forme aucune (19).

l'a exprimée non seulement pour la radiation, mais même (C. civ., art. 2152) pour une simple modification en la forme de l'inscription ».

(18) Voir notamment PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, n. 850.

(19) La radiation est l'acte opposé à la réquisition d'inscription. Or, même d'un de ces actes à l'autre, on ne pourrait raisonner par analogie. Ainsi, on se prévalait de ce que le cessionnaire par acte sous seing privé d'un créancier peut néanmoins s'inscrire sous le nom du cédant, pour demander qu'on en fit de même la mainlevée. A cela BOULANGER répond (n. 30), *in fine* : « Il y a une grande différence entre l'inscription et la radiation, puisque l'une a des conséquences plus graves que l'autre et qu'on ne peut pas raisonner *a similibus* entre deux choses dissemblables ». Le même auteur fait judicieusement remarquer (n. 29) « que la loi entoure la déchéance de l'inscription d'une sollicitude qu'elle n'a point pour sa naissance. Elle oblige les parties à justifier de leur capacité et de leur droit à donner mainlevée, tandis qu'elle permet, en général, à un tiers, quel qu'il soit, de requérir, au nom du créancier, l'inscription de son hypothèque ».

§ 5. — L'article 69 constitue une dérogation à l'article 2127, il doit donc être interprété strictement

D'autre part, il n'est pas douteux que l'article 69 de la loi du 1^{er} août 1893 déroge au droit commun ; par suite, il doit être interprété strictement à la lettre. C'est l'avis des éminents professeurs Eugène Petit, Ambroise Colin, Surville, Albert Wahl, Magnol, Dubois, Plénot, Moreau, qui ont bien voulu faire bénéficier de leur savoir et de leur autorité le *Journal des conservateurs* qui les avait consultés (20). M. Albert Wahl déclare notamment, d'une façon catégorique (21) : « L'article « 2127 et l'article 2158 sont deux dispositions différentes ; la « loi de 1893 déroge au premier et non pas au second. Je ne « vois aucun motif d'écarter, en cette matière, le principe « bien connu en vertu duquel les dérogations sont de droit « étroit ». Cette seule raison suffirait pour écarter l'argument par analogie ou par *a fortiori*.

Serait-il conçu, ce qui n'est pas le cas, en termes obscurs ou généraux que l'on n'en devrait pas moins, puisqu'il déroge au droit commun, faire prévaloir l'interprétation restrictive ; c'est ainsi que la Chambre Civile a interprété d'une façon étroite l'article 68 de ladite loi, pourtant conçu en termes généraux : « Quel que soit leur objet, les sociétés en

(20) Voir *J. des conservateurs*, 6634, 6656.

(21) *J. des conservateurs*, 6656, p. 267. M. CHÉRON explique de même, que la loi du 1^{er} août 1893 ne peut avoir eu pour effet de permettre, pour faire la déclaration des versements par-devant notaire (qui est, nous le savons, une des formalités de constitution prescrites pour les sociétés de capitaux), une procuration notariée. Cette loi est, dit-il, « un texte exceptionnel, fait exclusivement pour la constitution d'hypothèque et non susceptible d'interprétation extensive par analogie » (note, sous cass. civ., 30 oct. 1928, D., 1930, I. 11).

« commandite ou anonymes, qui seront constituées dans les
« formes du Code de commerce ou de la présente loi, seront
« commerciales et soumises aux lois et usages du com-
« merce ». Puisqu'il ne précise pas, on serait, en effet, enclin
à penser que, par l'expression générale « les sociétés en
commandite », il entend et les commandites simples et les
commandites par actions; tel n'est pas l'avis de la Cour de
cassation qui, par l'arrêt du 3 janvier 1912 (22), a bien spéci-
fié qu'il ne pouvait viser que les commandites par actions. Il
y a là au moins une interprétation restrictive, pour ne pas dire
davantage. On ne demande pas tant pour l'article 69 de ladite
loi; il n'y a purement et simplement qu'à l'appliquer (23).

§ 6. — Autres arguments pour ne pas étendre la portée de l'article 69

Il nous plaît d'ailleurs de noter que Baudry-Lacantinerie
semble revenir, au titre du mandat, sur les affirmations qu'il
avait portées au chapitre de la radiation. Alors qu'il adoptait,
dans ce chapitre (24), le raisonnement suivant : « Si les im-
« meubles sociaux peuvent être hypothéqués en vertu des
« pouvoirs résultant de l'acte de formation de la société même
« sous seing privé..., il doit, par identité de motifs et peut-

(22) D., 1912. I. 500.

(23) Faut-il encore signaler que la loi du 1^{er} août 1893 se présente comme
une série de dispositions particulières, fragmentaires et disparates ?
En matière de sociétés, comme en bien d'autres, le législateur s'en-
tient à des retouches partielles. Il n'ose pas entreprendre une ré-
forme d'ensemble. Le Code civil reste la loi générale, le siège de
la législation hypothécaire.

(24) BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 1851.

« être *a fortiori*, en être de même pour les mainlevées. Nous
« pensons donc que dans le cas prévu par la loi du 1^{er} août
« 1893 la procuration peut résulter d'un acte sous seing
« privé » ; nous lisons au contraire, tome XXIV (25), ces
mots : « La solution consacrée par le législateur de 1893 en-
« tend confirmer le principe en y portant exception pour un
« cas particulier ». On ne saurait mieux dire.

Notre thèse se trouve confirmée par le projet de loi élaboré en 1903 par la Commission extra-parlementaire de réforme des sociétés par actions (26) : « Tous actes notariés
« peuvent être passés au nom de toutes sociétés commercia-
« les, en vertu des pouvoirs, délégations ou mandats résultant de son acte de formation, même sous seing privé, ou
« des délibérations ou autorisations constatées dans les formes
« réglées par ledit acte ». Cet article 19 apporte une réforme ; mais en quoi consiste-t-elle ? Nous savons que l'article 69 de la loi du 1^{er} août 1893 décide déjà que le mandat donné par une société de commerce à fin de constituer hypothèque peut être passé en la forme privée. Si la disposition du projet n'est pas nouvelle par ce côté-là, elle ne peut être vraiment réformatrice qu'en ce qui touche le mandat à fin de mainlevée. Alors que la loi du 1^{er} août 1893 ne prévoyait que le mandat à l'effet d'hypothéquer, le projet dont s'agit embrasse les mandats concernant tous actes notariés. Mais comme la loi

(25) N. 466.

(26) Présidée par M. LYON-CAEN ; projet repris en 1906 par la Commission de réforme judiciaire et déposé le 27 nov. 1906, annexe au procès-verbal de la 2^e séance de la Chambre du 27 novembre 1906, n. 477.

n'a pas été votée, les choses doivent rester inchangées. Aussi longtemps que semblable projet n'aura pas abouti, on ne peut obliger les conservateurs à modifier leur façon de faire. Remarquons d'ailleurs que, dans le cas où une loi viendrait à adopter le texte précité, forcément la responsabilité des conservateurs devrait être singulièrement réduite. Qui supporterait alors le préjudice, sinon les sociétés elles-mêmes ? La réforme faite pour elles risquerait de se retourner contre elles.

SECTION IV. — L'ARRÊT DE LA COUR D'AIX

§ 1^{er}. — Position de la question

Il importe maintenant de rechercher l'opinion de la jurisprudence dans cette importante question ; le conservateur agit, en matière de radiation, sous le contrôle des tribunaux ordinaires. Eux seuls peuvent lui donner l'ordre de radier ; c'est à eux aussi qu'est dévolue l'appréciation de sa responsabilité quand, à tort, il a obtempéré à la réquisition qu'on lui adressait. En notre matière, les jugements contentieux sont rares, les difficultés se terminent soit par des transactions, soit par des jugements d'accord. Toutefois, nous connaissons deux décisions particulièrement intéressantes : un jugement du tribunal de Grasse du 22 novembre 1911 (27) et l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix sur la même affaire, du 6 novembre 1913 (28) ; il s'agit d'un célèbre procès qui est intervenu entre le Crédit Foncier et M. Ordioni, conservateur à Grasse. La

(27) *J. des conservateurs*, 6547 ; *Revue hypothécaire*, 3885.

(28) *J. des conservateurs*, 6796 ; *Revue hypothécaire*, 4080. Voir note DE LOYNES sous D. 1915. 2. 73 et note WAHL sous S., 1914. 2. 65. Voir également *J. des conservateurs*, 6796, 6807, 7397, 7421, 7423, 9369.

question a été rendue délicate par le fait que le Crédit Foncier, bien que soumis, comme société commerciale, aux règles des sociétés de commerce, est régi par une loi spéciale, la loi du 28 février 1852 qui lui accorde certains privilèges. D'autre part, s'il est à vrai dire une société privée, il n'en est pas moins sous la surveillance étroite du Ministre des Finances, qui nomme par décrets les Gouverneurs et les Sous-Gouverneurs; de plus il est enfermé dans des règles très strictes et apporte beaucoup de précaution et minutie dans ses opérations.

Le conservateur de Grasse dont il s'agit, refusait de radier pour plusieurs raisons, notamment parce qu'il ne lui était pas justifié des délibérations du conseil d'administration en la forme authentique. Le tribunal de Grasse a jugé non fondée la résistance du conservateur, l'a débouté de sa demande reconventionnelle, et l'a condamné aux dépens. Le conservateur a porté l'affaire devant la Cour d'Appel d'Aix qui a confirmé le jugement. Ces deux décisions se fondent sur divers motifs; deux seulement ont trait à notre question.

§ 2. — Le Gouverneur du Crédit Foncier est-il vraiment un mandataire ?

Tout d'abord, les juges soutiennent que dans cette société spéciale qu'est le Crédit Foncier, le conseil d'administration ne donne pas à proprement parler mandat au Gouverneur, qu'il n'émet en l'espèce qu'un simple avis, le Gouverneur agissant de sa propre autorité. Voici le motif visé : « At-

« tendu que Ordioni est également non fondé à prétendre

« qu'il faut appliquer à la délibération du conseil d'adminis-
« tration l'opinion de la doctrine et de la jurisprudence qui,
« par extension de l'article 2158 du Code civil, décide que le
« mandat en vue de consentir mainlevée doit être authentique
« comme l'acte de mainlevée lui-même, qu'il pourrait en être
« effectivement ainsi, si le Gouverneur était, comme il est
« prétendu, le mandataire des administrateurs et tenait ses
« droits de ses mandants; mais qu'il ne saurait être utile-
« ment contesté que, dans la circonstance, cet argument est
« sans portée, puisqu'il est avéré que le Gouverneur, en tant
« qu'il signe une mainlevée, agit uniquement en son propre
« nom, et non en qualité de mandataire du conseil d'adminis-
« tration, les statuts lui réservant expressément le droit de
« veto sur les délibérations du conseil, c'est-à-dire la faculté
« d'exécuter ou non la délibération de ce dernier, ce qui im-
« plique un droit de contrôle qui n'entre pas dans les attribu-
« tions juridiques du simple mandataire ».

Acceptons cette opinion; il n'empêche que cette délibération exprime bien le consentement, que si le consentement du Gouverneur est indispensable et autonome, le consentement préalable du conseil ne l'est pas moins; en somme il y a deux consentements et (article 2158) les actes qui les constatent doivent, selon les termes mêmes de l'article 2158, être passés en la forme authentique. C'est ce que disent excellemment MM. Fabre et Négrié à l'article 6807 du *Journal des conservateurs*: « Or, l'autorisation du conseil d'administration, qu'elle constitue un mandat ou qu'elle se confonde, ce qui

« est plus exact, avec le consentement à mainlevée, sert in-
« contestablement à la réquisition de radiation ».

Cela éclate même avec plus d'évidence que s'il s'agissait d'un simple mandat; en effet, c'est par le raisonnement qu'on conclut à la forme authentique de la procuration. Ici, au contraire, la simple lecture de l'article 2158 du Code civil nous conduit à exiger l'intervention du notaire; la délibération du conseil d'administration de la société du Crédit Foncier est plus qu'un mandat; elle constitue le consentement même.

Dans un autre motif, les juges se bornent à affirmer que l'article 69 de la loi du 1^{er} août 1893 est une exception évidente à l'article 2158 du Code civil : « Attendu surabondamment, porte l'arrêt de la Cour d'Appel d'Aix, que, fût-il admis que la délibération du conseil d'administration relative à ladite mainlevée constitue un véritable mandat donné au Gouverneur, il n'en résulterait pas encore nécessairement que l'authenticité de cette délibération fût indispensable en l'espèce, puisqu'il est effectivement admis que l'article 69 de la loi de 1893 portait qu'il pourra être consenti hypothèque au nom de toute société commerciale, en vertu des pouvoirs résultant de son acte de formation, même sous seing privé, ou des délibérations ou autorisations constatées dans les formes réglées par le dit acte « doit être étendu à la mainlevée des hypothèques, les motifs de cette disposition s'y appliquant par analogie ». Nous avons dit (v. *sup.*, p. 122 et s.) pourquoi nous ne pouvons souscrire à une telle interprétation.

SECTION V. — CONCLUSION

Du reste, il ne faudrait pas attacher une trop grande importance à ces décisions. La solution donnée s'explique, en fait, par le caractère spécial du Crédit Foncier ; mais en droit, elle n'est pas fondée ; c'est au premier chef une solution d'espèce ; et en conséquence, les conservateurs ont de bonnes raisons pour ne pas modifier de sitôt leur attitude, tout au moins à l'égard des sociétés autres que le Crédit Foncier (29). M. Albert Wahl, commentant l'arrêt de la Cour d'Aix, dit précisément : « Il s'agissait d'une mainlevée intervenant sans
« que le paiement fut mentionné ; la délibération du conseil
« d'administration aurait dû être authentique si la société, au
« nom de laquelle elle était donnée, n'avait pas été le Crédit
« Foncier ».

Mais il faut se garder de tout excès ; certes, en droit, la thèse que nous avons soutenue, à la suite de M. Négrié, paraît solidement fondée. Un impressionnant faisceau de preuves semble devoir déterminer le conservateur à s'assurer que les sociétés donnent leurs mandats à fin de mainlevée, en la forme notariée. Cette logique impérieuse doit dicter aux conservateurs une attitude de réserve, de prudence.

Mais si nous cherchons à envisager l'avenir, nous ne pouvons nous défendre de croire à un certain changement. La pratique, restée jusqu'ici indécise, est à un tournant déci-

(29) Notamment à l'égard des sociétés de Crédit agricole (*J. des conservateurs*, 6644). Elles ne donnent pas les mêmes garanties que le Crédit Foncier. Voir en ce sens *J. des conservateurs*, 10292. *Contra* JACQUET et VÉTILLARD, p. 714.

sif. A notre avis, elle va s'engager dans la voie indiquée par M. Houpin. Les conservateurs le sentent bien, ils se rendent parfaitement compte que, pour que la radiation soit une institution vraiment utile, elle doit être d'un recours facile. D'ailleurs, la pratique ne tend-elle pas naturellement vers la simplification ?

Si les deux décisions de Grasse et d'Aix ont soulevé une telle émotion, cela vient surtout de ce qu'elles ont brusqué les choses. Il faut laisser le temps faire son œuvre. La solution qu'elles ont adoptée, n'est pas à l'heure actuelle acceptable. Le tribunal de Grasse et la Cour d'Aix ont émis une simple affirmation, mais ne se sont point efforcés de donner un effet pratique à leurs décisions. Tout au plus, peut-on dire que le problème est posé ; il faut parvenir à se passer, pour les pouvoirs à fin de mainlevée, de l'intervention du notaire (30). La règle qui imposait aux parties de produire l'expédition intégrale était gênante (31) ; la pratique a trouvé un procédé pour la tourner ; moyennant l'attestation du notaire, aujourd'hui, on se contente de l'extrait littéral. Point n'est besoin d'être un augure bien perspicace pour prévoir que l'on va s'engager ici dans une voie semblable ; on a même commencé : déjà beaucoup de conservateurs se passent facilement, lorsque le gérant est nommé dans l'acte de société, d'un mandat authentique, et s'estiment suffisamment renseignés par une expédition délivrée par le greffier. Que veulent-ils obtenir ? La sé-

(30) V. *sup.*, p. 76, 113 ; *inf.*, p. 228.

(31) V. *sup.*, p. 46 et suivantes.

curité ; or la publicité répond parfaitement à ce but ; elle est faite pour cela ; il est naturel que l'on s'en serve. Elle a sur l'authenticité l'avantage d'être rapide, simple, complète et peu coûteuse (v. *supra*, p. 113 et s.).

Ainsi donc, la pratique fait céder peu à peu les principes et les lois, ce qui vient une fois de plus à l'appui de ce que M. le Doyen Gény (32) disait, dans son ouvrage sur la *Méthode d'Interprétation* : « Ce n'est pas à la vie moderne à plier devant la théorie juridique. C'est la théorie au contraire qui se doit accommoder aux faits et aux exigences de la vie ».

(32) GÉNY, *Méthode d'interprétation en droit privé positif*, t. I, n. 80, p. 186, note 1.

CHAPITRE V

La radiation des inscriptions hypothécaires profitant aux sociétés de capitaux

Aux sociétés de personnes on oppose les sociétés de capitaux (1) : sociétés anonymes et sociétés en commandites par actions. Elles sont caractérisées par l'action, titre éminemment négociable ; la situation des actionnaires est différente de celle des associés en nom, qui ne peuvent céder leur part, à moins d'obtenir le consentement unanime des associés. En second lieu, les actionnaires ne répondent des engagements sociaux que jusqu'à concurrence de la valeur du titre. Une conséquence importante des deux caractères essentiels que nous venons de signaler, la négociabilité du titre et la limitation de la responsabilité, c'est que la durée d'une société par actions ne dépend point de la vie de ses membres ; les sociétés de personnes, au contraire, doivent prononcer, à la mort d'un associé, la dissolution.

On connaît deux types de sociétés de capitaux (2) : la société en commandite par actions et la société anonyme. Celle-là comprend, à côté de simples actionnaires, un ou plu-

(1) LYON-CAEN et RENAULT, II, n. 100 ; WAHL, n. 474.

(2) D. R. P., Soc., n. 2311 et s.

sieurs commandités-gérants, dont la situation est la même que dans la commandite simple. A part cette différence, société anonyme et société en commandite par actions se ressemblent et sont soumises sensiblement aux mêmes règles, par la loi capitale du 24 juillet 1867, modifiée notamment le 1^{er} août 1893, le 22 novembre 1913 et dernièrement le 1^{er} mai 1930.

SECTION I. — LA VÉRIFICATION DES FORMALITÉS CONSTITUTIVES N'ENTRE PAS DANS LES FONCTIONS DU CONSERVATEUR

§ 1^{er}. — Quelles sont ces formalités, leur raison d'être

Ces formes conviennent particulièrement aux très grosses entreprises, mais elles ont, par contre, l'inconvénient de faciliter les fraudes. L'importance des capitaux engagés, l'ignorance des actionnaires, l'éparpillement des actions, l'anonymat, la mobilité du titre, la sensibilité accusée aux moindres secousses, toutes ces raisons de craindre les manœuvres dolosives ont déterminé l'intervention du législateur. Il avait à choisir entre deux systèmes : l'autorisation et la réglementation (3). En 1867, il a fort justement adopté le second, qui, malgré ses insuffisances, prévient, dans une certaine mesure, les pièges dressés contre les sociétés naissantes.

C'est ainsi qu'il a édicté certaines règles qui doivent être observées, sous peine de nullité, lors de la constitution. Nous allons brièvement les passer en revue, car il est admis, sinon dans la pratique, du moins par les auteurs, notamment par

(3) V. WAHL, n. 640 et s.

Boulangier (4) et MM. Jacquet et Vétillard (5), que le conservateur est tenu de se faire justifier de leur accomplissement et de leur régularité. On ne l'oblige pas d'ailleurs à faire un examen approfondi : il suffit qu'il s'assure qu'on n'a pas commis une irrégularité par trop grave et flagrante. Il s'agit là d'un contrôle tout superficiel ; le conservateur peut se fier entièrement aux apparences (6). Nous allons voir comment, d'après ces auteurs, il doit procéder.

La première formalité à remplir est la rédaction des statuts (l. 24 juillet 1867, art. 1, al. 5). Nous en avons vu l'importance (7) ; ils constituent, répétons-nous, la charte de la société ; ils créent les pièces et disposent les rouages de cet organisme puissant. C'est là qu'on puise tous renseignements sur le taux de la valeur nominale des actions de numéraire (il est de 100 francs ou de 25 francs au minimum, selon que le capital de la société est supérieur ou non à 200.000 francs (l. 24 juillet 1867, art. 1, al., 1), sur la forme, le siège, l'administration, la dissolution de la société, les différentes sortes d'actions, les distributions de bénéfices. Ils sont d'une importance capitale pour le conservateur ; leur dépôt d'ailleurs est nécessaire, non seulement parce qu'ils constituent la première et la plus essentielle des formalités, mais encore et surtout parce qu'ils sont la source du consentement et des pouvoirs.

Après la rédaction des statuts, s'ouvre la souscription ;

(4) V. n. 390.

(5) V. p. 687 ; voir aussi *Rép. gén. alph. du dr. fr. hyp.*, n. 2905.

(6) BOULANGER, n. 391, § 2. Cf. *J. des conservateurs*, 10866.

(7) V. *sup.*, p. 101.

elle doit être intégrale, c'est-à-dire que le capital offert doit être couvert en entier (l. 25 juillet 1867, art. 1, al. 2). Les souscriptions, pour être valables, doivent présenter certains caractères; notamment elles doivent émaner d'au moins sept membres (l. 24 juillet 1867, art. 23). Lorsque le conservateur a vérifié que ni dans la rédaction des statuts, ni dans la souscription du capital, ne se trouvent de graves irrégularités, il s'assure que le quart au moins a été versé sur le nominal de chaque action (l. 24 juillet 1867, art. 1, al. 2); le versement toutefois ne peut descendre au-dessous de 25 francs, exception faite pour les coopératives.

Les souscriptions reçues, les versements opérés, les fondateurs doivent faire une déclaration par-devant notaire des versements et souscriptions (8) (l. 24 juillet 1867, art. 1, al. 4); ils lui remettent la liste des souscripteurs, le nombre d'actions souscrites, le versement opéré sur chaque action. Le conservateur serait tenu de se faire certifier que cette formalité a bien été remplie.

Ensuite, on procède à la vérification et à l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers (l. 24 juillet 1867, art. 4), al. 1, 2, 3). Une première assemblée constitutive nomme les commissaires aux comptes. Une seconde statue sur le rapport qu'ils doivent déposer cinq jours au moins avant la date fixée pour sa réunion. Les délibérations sont prises à la majorité des voix (l. 24 juillet 1867, art. 28, al. 1). D'autre part, un certain quorum est requis, c'est-à-

(8) V. *sup.*, p. 44, note (11).

dire qu'une certaine portion du capital doit être présente ou représentée. Il est, à la première convocation, de moitié, et à la deuxième, du cinquième; mais il ne se calcule que sur le capital en numéraire (l. 24 juillet 1867, art. 30, al. 2) et l'on doit en défalquer la part que peuvent détenir les apporteurs en nature ou les bénéficiaires d'avantages particuliers (9).

Enfin, dernière assemblée constitutive, il y a lieu de désigner les organes de gestion et de contrôle (l. 24 juillet 1867, art. 25) et de procéder à la vérification de la déclaration notariée (même loi, art. 24). Nous verrons plus loin, en détail, quels sont ces organes de gestion. Nous nous contentons de citer ici les organes de contrôle; nous n'y reviendrons pas; ces organes sont, dans la commandite, le conseil de surveillance et, dans la société anonyme, les commissaires aux comptes.

§ 2. — Le conservateur, soutient Boulanger, ne doit radier qu'autant que les sociétés s'y sont conformées

L'examen de ces formalités rentrerait, paraît-il, dans les attributions du conservateur, au même titre que la vérification de la capacité. En cas de défaut de ces formalités ou d'irrégularités graves, il devrait opposer un refus à la réquisition de radiation.

En pratique, un bon nombre de conservateurs adoptent cette façon de voir. En théorie, c'est Boulanger (10) qui a

(9) Cass. req., 31 déc. 1906, S., 1909. I. 337, note WAHL; D., 1908. I. 513, note PERCEROU.
(10) V. n. 390, 391.

soutenu avec vigueur ce système. MM. Jacquet et Vétillard ont suivi son argumentation (11). D'après leurs ouvrages, l'omission d'une formalité constitutive aurait pour conséquence, tout au moins à l'égard des tiers, l'inexistence de la société; or, un être inexistant n'a pas de consentement et ne peut donc donner mandat. En effet, lisons-nous dans Boulanger (12): « Si la mainlevée émane d'un gérant qui tient son
« mandat de la société, ce mandat n'existe à l'égard des tiers
« qu'autant que la société elle-même a pris naissance, c'est-
« à-dire qu'elle a été constituée suivant les prescriptions de
« la loi ». « Sans l'accomplissement de ces formalités, pour-
« suit-il, la société ne se forme pas à l'égard des tiers ». Il répète plus loin que l'absence d'une formalité essentielle vicie la société dans son principe.

§ 3. — Critique

Pour se faire un avis sur cette difficulté, il est bon de tenir compte et du caractère de la sanction prévue pour l'inobservation des formalités constitutives et du rôle du conservateur en matière de radiation, tel que nous l'avons défini au cours de nos premiers chapitres (v. *sup.*, p. 54 et s.).

1^{er} point. — DE L'EXAMEN DE LA SANCTION IL RESSORT QUE LE CONSERVATEUR N'A PAS A SE PRÉOCCUPER DE CES FORMALITÉS.

a) *Le conservateur est un tiers.*

La sanction est prévue à l'article 7 de la loi du 24 juillet

(11) V. p. 687, 688; voir également *Rép. gén. alph. du dr. fr., hyp.*, n. 2905, ainsi que D. J. G., suppl. 1894, Priv. et hyp., n. 1629.

(12) V. n. 391.

1867 : « Est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute
« société en commandite par actions (ou anonyme) constituée
« contrairement aux prescriptions des articles 1, 2, 3, 4, 5 de
« la présente loi. Cette nullité ne peut être opposée aux tiers
« par les associés (13) ».

Or, le conservateur est un tiers, il est même un *penitus extraneus*, ainsi que Boulanger le déclare lui-même (14). Il est complètement étranger au contrat et n'a pas à critiquer sa régularité. C'est d'ailleurs, ce qu'en pensent la doctrine et la jurisprudence (15), qui estiment que la portée de l'article 7 de la loi est aussi large que possible et, qu'entre autres tiers, l'Administration de l'Enregistrement est admise à se prévaloir de la disposition susvisée. Elle s'explique parfaitement. On a voulu que la société soit seule à supporter les conséquences de sa faute; elle a été pour le moins imprudente en n'obser-

(13) Voir notamment cass. civ., 25 février 1885, D., 1885. I. 404. Voir surtout note THALLER sous cass. req., 17 janv. 1905, D., 1906. I. 169. L'éminent professeur dit notamment : « On demeure en présence d'une société de fait, qui a pris des engagements de diverse nature et qui seront respectés; autrement, et, contrairement à ce que dit la loi, la nullité serait opposable aux tiers... Ce qu'il est essentiel de constater, c'est que les représentants de la société déclarée nulle, les liquidateurs que la justice a désignés, sont mal venus à faire annuler les marchés, les contrats d'ordre varié que la société a pu conclure en fait pendant le temps de son exploitation, pourvu toutefois que ces marchés et contrats rentrent dans l'objet statutaire et proviennent des agents qui avaient qualité pour les faire ». Voir aussi cass. req., 4 mai 1926, D. H. 1926, p. 287.

On est d'ailleurs d'accord pour assimiler cette nullité à celle pour défaut de publicité; v. D. R. P., soc., n. 2591; cf. LYON-CAEN et RENAULT, II, n. 781; THALLER et PIC, II, n. 1015. La loi nouvelle du 7 mars 1925 tendant à instituer des sociétés à responsabilité limitée contient (art. 9) une disposition identique.

(14) N. 399.

(15) Cass., 31 décembre 1889, D., 90. I. 253; 29 janv. 1881, D., 1881. 2. 265; 28 février 1869, D., 1869. I. 408; cf. 19 avril 1893 D., 93. I. 317 et le rapport de M. le Conseiller DENIS.

vant pas les règles que la loi avait établies dans son intérêt et dans celui des tiers. On a voulu protéger ceux-ci jusqu'au bout. La société a négligé de prendre les précautions, la loi n'a pas voulu que les tiers en pâtissent.

b) *La société frappée de cette sanction n'est pas rétroactivement anéantie.*

D'autre part, quand Boulanger se fondait sur l'inexistence de la société (v. *sup.*, p. 145), il faut bien observer qu'il tenait compte du courant qui se manifestait à son époque en ce sens, dans la doctrine (16) et dans la jurisprudence (17).

Mais sur ce point, son ouvrage date un peu. A l'heure actuelle, la grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence (18) considèrent la société entachée d'un vice de constitution comme une société simplement menacée de dissolution. Comme le dit M. Pic (19) : « La nullité pour inobservation

(16) Voir notamment BÉDARRIDE, n. 156 « *Des sociétés* », 1856.

(17) Paris, 28 mai 1884, *J. des soc.*, 1884, p. 428; Toulouse, 23 mars 1887, *ibid.* 1888, p. 2.

(18) Req., 19 juill. 1888, D., 89. I. 345; 14 janv. 1889, D., 90. I. 471; civ., 15 nov. 1892, D., 93. I. 13.

(19) D. R. P., soc. n. 2635; voir aussi LYON-CAEN et RENAULT, II, n. 236 et 786, ainsi que HÉMARD, « *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait* », 1912, n. 1301.

En tout cas, il ne peut être question d'inexistence. « Notre conclusion est donc, déclare M. NAQUET (cass. civ., 18 juillet 1906, S., 1907. I. 265), qu'en matière de sociétés en commandite ou anonymes, il n'y a jamais de société qu'on puisse traiter comme inexistantes quand, bien entendu, elle a une existence de fait ». Sinon, comment expliquer la prescription par dix ans (l. 1^{er} août 1893, art. 3) ? Ajoutons que l'art. 41 de la loi du 24 juill. 1867 parle seulement de nullité. C'est ce qu'exprimait également M. VALÉRY (Paris, 19 déc. 1894, D., 1896. 2. 85) en ces termes : « Pour être nulle, la société n'en a pas moins eu une existence effective... Mais on ne peut invoquer les statuts, si sa nullité tient à un vice affectant l'un de ses éléments essentiels, consentement des parties, capacité, cause, objet. Dans ce cas, en effet, il ne s'agit plus d'une question de forme ». C'est dans ce cas seulement que l'on peut à bon droit parler d'inexistence. Dans

« des formalités constitutives n'a pas d'effet rétroactif; elle
« n'empêche pas que jusqu'à cette annulation il n'ait existé
« entre les parties une société de fait, dont les opérations ont
« pu produire des bénéfices ou occasionner des pertes qui,
« dans les rapports respectifs des associés, doivent être liqui-
« dés comme en cas de dissolution ».

c) *D'autant plus que la sanction est protectrice des tiers.*

Il y a d'autant plus de raison d'adopter ce point de vue que les formalités constitutives sont protectrices des tiers. Quand la société néglige de les accomplir, c'est précisément le moment de les protéger davantage. Or, déclarer la société inexistante aboutirait le plus souvent à les léser gravement; en effet, ils ont traité avec la société, ils ont bénéficié de garanties. Il leur serait le plus souvent très préjudiciable de procéder à l'annulation de leurs contrats et de leurs gages; c'est pour cette raison que la société n'est rétroactivement anéantie qu'au regard des tiers qui y ont intérêt. Ceux-ci ont une faculté d'option (20). Ainsi, dit-on fort justement que cette nullité opère plutôt à la façon d'une dissolution anticipée. En ce sens

l'autre, il y a simplement un vice de constitution (voir aussi note LEVILLAIN, D., 1912. I. 472). Le conservateur n'a donc pas à se préoccuper des formalités constitutives. Mais son devoir est de s'inquiéter des causes d'inexistence, si, bien entendu, elles apparaissent à la lecture des actes qu'on lui soumet. S'agit-il d'une société de personnes entre époux, d'une société exploitant une maison de jeux, d'une société léonine, son devoir lui est tout tracé : c'est le refus. Car la société est dénuée de toute qualité, même apparente; il n'y a qu'indivision, auquel cas, nous le savons, le consentement de tous les membres de la prétendue société est exigé. Il est d'ailleurs à remarquer que l'on tend, en doctrine comme en jurisprudence (cass. civ., 9 nov. 1887, D., 88. I. 161), à rejeter la théorie des actes inexistants.

(20) Cass. civ., 15 avr. 1897, *J. des soc.*, 1897, 326.

se prononce un arrêt interprétatif de la Cour de cassation du 27 janvier 1920 (21) : « Attendu que la nullité d'une société « prononcée pour inobservation des conditions de forme et « de fond prescrites par la loi de 1867 n'a pas d'effet rétroac- « tif absolu, qu'elle n'empêche pas qu'il ait existé entre les « parties une société de fait, laquelle doit être liquidée comme « en cas de dissolution, que cette nullité n'a d'autre effet que « de faire cesser l'existence de la société pour l'avenir et de « créer désormais, à l'égard des associés comme des tiers, « une situation nouvelle qui, en principe, à moins d'excep- « tion motivée par les circonstances de la cause, ne peut dater « que du jugement qui la constitue... ».

d) *Autres motifs.*

Avec MM. Lacour et Bouteron (22), il n'est pas, d'autre part, sans intérêt de remarquer que « ces prescriptions sont « en dehors du droit commun des contrats. Le pacte social, « considéré en lui-même, n'a rien que de très licite; il n'y a « pas de raison pour en méconnaître la force obligatoire ». En somme, il y a plus qu'une simple société de fait (23).

(21) *J. des soc.*, 1921, 78.

(22) *Précis de droit comm.*, 3^e édit. I, n. 493.

(23) C'est M. HÉMARD qui dans son remarquable ouvrage « *Théorie et pratique des nullités et des sociétés de fait* (1912) » fait cette importante observation : « La société irrégulière, malgré les vices « qui l'atteignent, produit, tant que son irrégularité n'est pas invo- « quée, les mêmes effets qu'une société régulière. Elle vaut comme « contrat, mais le contrat n'a pas seulement une portée interne, li- « mitée aux rapports entre associés; il entraîne des conséquences « à l'égard des tiers, il fait acquérir à la société l'autonomie patri- « moniale ou la personnalité morale ». Voir aussi la remarquable étude de M. MANARA « *A propos des sociétés de commerce irrégulières* » (*Ann. de dr. co.*, 1912, 339),

Enfin, il est admis par la doctrine et la jurisprudence (24) que la nullité pour inobservation des formes est à peu près de même nature que la nullité pour défaut de publicité ; telle est aussi, sans doute, la pensée du législateur qui emploie, dans l'un et l'autre cas, des termes identiques. Or, on s'accorde pour dire que le conservateur n'a pas à s'enquérir du point de savoir si la publicité a été faite. Pourquoi adopter ici la solution inverse ?

Observons également que c'est contraire à la tendance qui est à la simplification ; les associés se plaignent du nombre de pièces exigées pour la radiation, nombre qui varie d'ailleurs suivant les conservateurs ; il semble qu'on pourrait sans inconvénient leur donner satisfaction sur ce point. Est-il vraiment utile d'imposer ainsi une vérification supplémentaire au conservateur ? Il est permis d'en douter ; son examen est tellement superficiel qu'on ne voit pas pourquoi les auteurs persistent à l'exiger ; il ne fait que gêner et qu'engendrer des lenteurs qu'en matière hypothécaire et commerciale l'on se doit d'éviter (25).

(24) *Sup.*, p. 47, note 3.

(25) Exiger des conservateurs qu'ils passent rapidement en revue les pièces constitutives, c'est une plaisanterie. En ces matières où les spécialistes ont déjà bien du mal à discerner les frontières de la régularité et de l'irrégularité et à dépister les causes de nullité, on ne voit pas ce que leur regard hâtif pourrait bien donner. Cette habitude de vérifier l'accomplissement des formalités constitutives est d'autre part funeste pour les ralentissements qu'elle peut apporter à la marche des affaires. Cela peut amener des procès, précipiter la chute des sociétés en difficulté et arrêter la mise en train des sociétés naissantes.

2° point. — C'EST A CETTE MÊME CONCLUSION QUE NOUS CONDUIT L'EXAMEN DU RÔLE DU CONSERVATEUR.

a) *La seule chose qui importe : la qualité.*

Nous avons vu en quoi consiste la fonction du conservateur, lorsqu'il procède à la radiation (v. *sup.*, p. 58), et nous avons dit qu'en matière de société, son rôle se borne à vérifier la régularité des pouvoirs des mandataires (v. *sup.*, p. 83 ; C. civ., art. 2157). N'est-ce pas d'ailleurs dans l'ouvrage de MM. Jacquet et Vétillard que l'on trouve ce développement (26) : « Certaines sociétés (les sociétés verbales ou de « fait), bien que susceptibles, suivant les circonstances, de « produire, entre leurs membres et même à l'égard des tiers « qui ont traité avec elles, les effets qu'elles s'attribuent, les « effets juridiques que la loi attache à cette sorte de contrat, « demeurent cependant sans existence au regard du conserva- « teur » ; et la raison qu'ils donnent, la voici : « Attendu que, « faute d'un acte fixant l'organisation et le mode d'adminis- « tration de la société, aucune personne n'est en mesure de « justifier régulièrement de sa qualité ». C'est bien là le seul et vrai motif. Du moment que l'on justifie de la qualité, le conservateur doit radier. Un arrêt de la Cour de cassation du 16 mars 1859 se prononce avec netteté (27) : « Attendu qu'il « ne pouvait pas appartenir au conservateur de se refuser à « la radiation, sous le prétexte que la société n'était pas léga-

(26) JACQUET et VÉTILLARD, p. 691.

(27) V. J. des notaires, 16586, D., 60. 1. 339.

« lement constituée ». Au reste, en cas d'inobservation des formalités constitutives, il y a plus qu'un semblant de société, lorsque (et il en sera souvent ainsi) le pacte est écrit et publié.

Ne pourrait-on pas, avec plus de succès, situer la question sur un autre plan et dire. Certes, la société existe en tant que personne morale, dès l'instant qu'elle satisfait aux conditions de fond du droit commun (C. civ., art. 1108 et s.) et qu'elle réunit les éléments spécifiques du contrat de société (C. civ., art. 1832 et s.). Par contre, le fait de ne pas se plier aux règles constitutives la met dans un rang d'infériorité; elle n'acquiert pas alors la pleine capacité. Ces formes légales sont une armature protectrice; ayant négligé de s'en entourer, elle devient comme une personne incapable ou tout au moins partiellement capable, par exemple comme un mineur émancipé, qui aurait passé un acte grave, sans l'assistance de son curateur, et qui serait en droit d'en demander l'annulation. Or, nous savons qu'au moindre signe d'incapacité, le conservateur s'interdit la radiation (28).

A notre avis, pareille analogie ne repose sur aucun fondement; en effet, alors que la capacité est une condition de fond, les prescriptions de la loi du 24 juillet 1867, au contraire, n'ont trait qu'à la forme; la société qui les enfreint, est peut être mal venue, elle n'en existe pas moins; si elle est

(28) Cf. *Infra*, la radiation des inscriptions hypothécaires consentie par les sociétés civiles d'obligataires. Nous y verrons (p. 199) que, déclarées ou non, les associations d'obligataires peuvent consentir radiation. Pas plus qu'un vice de constitution, l'absence de déclaration n'empêche le groupement d'agir dans les termes de la convention, la loi des parties.

sous la menace d'une dissolution prématurée, elle n'en a pas moins pleine capacité, et la meilleure preuve en est que cette nullité est inopposable aux tiers par les associés (l. 24 juill. 1867, art. 7).

Sans plus de succès arguerait-on du devoir du conservateur de vérifier la régularité des actes à lui produits (29). Car il s'agit là des actes faisant preuve de la qualité et du consentement, desquels nous venons précisément d'exclure, avec motifs à l'appui, les pièces constitutives.

b) *Aux yeux du conservateur, il suffit pour son existence, que le nom de la société soit publié sur ses registres.*

Contre l'opinion de Boulanger, une autre raison nous semble militer. Le *Journal des conservateurs* (30) la formule brièvement en ces termes : « Au surplus, l'existence de la « société créancière, en admettant qu'elle doit être établie (31), « l'est suffisamment par le fait de l'inscription hypothécaire « formalisée à son profit, en vertu d'un titre nécessairement « authentique ». Donc, la société, fût-elle en droit inexistante (32), dès lors qu'il apparaît par la lecture des registres qu'elle est titulaire d'une inscription, le conservateur doit croire que cela correspond à la réalité. C'est d'ailleurs le système suivi en matière de radiation d'inscriptions profitant

(29) Nous savons en effet que la tâche première du conservateur est de vérifier la régularité des actes; v. *sup.*, p. 40, 43, 51, 58, ainsi que BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 2616; AUBRY et RAU, III, § 268, p. 498; GUILLOUARD, III, n. 106.

(30) *J. des conservateurs*, 10866.

(31) Cf. Oran, 23 août 1888, *J. des conservateurs*, 3921.

(32) BOULANGER, n. 391.

à un particulier. Lorsqu'un particulier requiert la radiation, le conservateur, avons-nous vu, se reporte à l'inscription qu'il confronte avec la mainlevée. S'il y a concordance entre les termes de l'une et de l'autre, cela lui suffit. On ne voit pas pourquoi le conservateur modifierait sa façon de faire, dès qu'il a affaire à une société; la loi n'établit en effet aucune distinction. Du moment que la publicité hypothécaire fait ressortir que l'hypothèque repose sur la tête de telle personne ou de telle société, le conservateur doit se tenir pour renseigné. Il doit se fier à la situation que font apparaître ses registres. La qualité apparaissant d'après ses registres, il n'a pas à la contester. M. Demogue définit la publicité (33) : « Elle consiste à dire qu'une personne pourra se fier aux apparences, lorsqu'elles résulteront de mesures de publicité ». Or, si la publicité hypothécaire ne répond plus à sa définition, à quoi sert-elle donc ? Si l'on astreint le conservateur à vérifier l'accomplissement des formes constitutives, on contredit au grand principe que ses registres font foi à son égard. L'inscription, avons-nous dit (v. *sup.*, p. 58), est sa loi. Lui confier l'examen des formalités constitutives, cela revient à reconnaître qu'il peut mettre en doute les énonciations de l'inscription, c'est lui donner une fonction de juge. Cette façon de faire va aussi à l'encontre du principe que le conservateur, en matière d'inscription, n'a pas un rôle actif (C. civ., art. 2199); en effet, son rôle passif, en la matière, lui interdit tout

(33) DEMOGUE, « *Notions fondamentales de droit privé, essai critique* », p. 76.

contrôle sur l'inscription, que ce soit lors de la prise ou lors de la radiation. Lorsque le débiteur prétend l'inscription non fondée, il doit s'adresser, c'est la loi qui nous le dit (C. civ., art. 2196), aux tribunaux. Il suit de là que l'examen du point de savoir si l'inscription est fondée est incompatible avec les fonctions du conservateur. Quand on dit qu'il n'a point à se livrer à de recherches extrinsèques (34), c'est, en somme, la même idée exprimée sous une autre forme.

c) *La thèse combattue par nous repose sur une confusion des rôles du conservateur et du notaire.*

Ceux qui soutiennent que le conservateur a le devoir de s'assurer de l'accomplissement des formalités constitutives font bon marché, nous semble-t-il, de la distinction qui s'impose entre le rôle du conservateur et le rôle du notaire (v. *sup.*, p. 77 et s.). Celui-ci, quand un particulier a besoin de son concours, commence par déterminer son identité, puis il donne une forme à son consentement et confère l'authenticité à ses déclarations (35). Il agit de même avec les sociétés : il vérifie leur identité, c'est-à-dire leur existence. C'est son devoir essentiel et il est beaucoup mieux à même que le conservateur de le remplir comme il convient ; la loi, en effet, prescrit son intervention, lors de la constitution de la société ; il prend une part active à sa formation. Il reçoit la déclaration de versement et de souscription (36). Fréquemment, on dé-

(34) V. JACQUET et VÉTILLARD, p. 40.

(35) JACQUET et VÉTILLARD, p. 42 et 43.

(36) L. 24 juill. 1867, art. 1, al. 3.

pose les statuts dans son étude. Pour défaut d'identité, ce serait lui qui serait responsable et non pas le conservateur. L'un s'assure de l'existence, l'autre de la capacité. A chacun, sa tâche.

§ 4. — Conclusion

Ainsi donc, le système combattu par nous ne nous paraît cadrer ni avec les principes pouvant permettre de déterminer le rôle du conservateur, ni avec les explications qui sont généralement données de la sanction prévue à l'article 7 de la loi de 1867, ni avec la nature de la nullité édictée.

Chose plus grave, en pratique, il n'a que des inconvénients. La vérification par le conservateur de l'accomplissement des formalités constitutives pourrait être une source de lenteurs, de frais et de difficultés. Car on ne sait pas au juste jusqu'où doivent aller ses investigations; on dit bien qu'il doit seulement veiller à ce qu'il n'y ait pas d'irrégularités qui vicient la société dans le principe; ce critérium nous semble flottant et bien arbitraire.

Si cette soi-disant vérification ne risque guère de mettre le conservateur dans l'embarras, c'est que ses inconvénients sont moins graves qu'il ne semble au premier abord. A cause de son imprécision, on peut en effet la limiter autant que l'on veut. Et c'est bien la raison pour laquelle beaucoup de conservateurs continuent à se livrer à ce futile examen.

A notre sentiment, ils pourraient sans crainte s'y dérober. Ce système, qui ne prend pied ni dans la réalité, ni dans

les principes, ne manquera pas un jour ou l'autre d'être complètement abandonné.

SECTION II. — QUI A POUVOIR POUR DONNER MAINLEVÉE ?

Il convient d'examiner en quelles mains résident les pouvoirs des sociétés anonymes ou en commandite par actions. Du même coup, nous saurons qui peut donner mainlevée. Sauf quelques particularités qui tiennent à la forme spéciale de la société, nous appliquerons les principes que nous avons suivis jusqu'ici. Le conservateur se renseigne par l'examen de l'inscription, des statuts (37), et, si ceux-ci ne prévoient rien, il s'en rapporte aux règles du Code civil concernant les sociétés.

C'est à l'assemblée générale ordinaire qu'incombe la charge d'autoriser les actes les plus graves, mais ne dépassant pas toutefois le cadre des statuts (38) : emprunts, constitutions d'hypothèques, aliénations de biens sociaux. Les délibérations sont prises dans certaines conditions de forme et de fond : l'assemblée délibère à la majorité relative ; cette majorité, à la première convocation, doit représenter au moins le quart du capital social ; aucun quorum n'est prescrit pour la seconde consultation (l. 24 juillet 1867, art. 29).

Le conseil d'administration est désigné par cette assemblée et choisi parmi ses membres. Il délibère sous certaines con-

(37) *Sup.*, p. 87 et s. ; BOULANGER, n. 386.

(38) HOUPIN et BOISVIEUX, II, n. 1053.

ditions de forme et de fond : les administrateurs sont des mandataires révocables *ad nutum*. Selon qu'ils sont désignés ou non par les statuts, la durée maximum de leurs fonctions est de 3 ou de 6 ans (39).

Comme le conseil est dans l'impossibilité d'assurer les actes de tous les jours et que, d'autre part, il faut bien charger une personne d'exécuter les décisions prises, il délègue ses pouvoirs, en tout ou en partie, à l'un des membres qui le composent, ou même à un tiers; dans le premier cas, on a un administrateur délégué, dans le second, un directeur général. Il est librement révocable (40). A noter que l'administrateur délégué ou le directeur général ont leurs pouvoirs limités à la durée des fonctions du conseil d'administration dont ils émanent; il n'en irait autrement que si le conseil leur avait spécialement conféré des pouvoirs pour un acte déterminé. « D'où
« la nécessité, conclut le *Journal des conservateurs* (41), de
« justifier, préalablement à la radiation, qu'ils tiennent leurs
« pouvoirs du conseil d'administration en fonctions au jour
« de la signature de la mainlevée ». A vrai dire, ces considérations sont plutôt théoriques; car le remplacement des membres du conseil d'administration se fait par fractions; il faut

(39) D. R. P., Soc., n. 2582, 2583. Il serait interdit de stipuler, par exemple, dans les statuts l'irrévocabilité de ces mandataires. Ce serait violer la règle impérative portée à l'article 25 de la loi du 24 juillet 1867 (cass. req., 26 déc. 1910, D., 1912. I. 441, note THALLER). En présence d'une telle clause, nous estimons que le conservateurs, la durée maximum prévue à la loi ne fût-elle pas encore dépassée, devraient opposer un refus à la réquisition de radiation.

(40) LYON-CAEN et RENAULT, II, n. 812; THALLER et PIC, II, n. 1117.

(41) *J. des conservateurs*, 10340 : c'est ainsi qu'ils établiront qu'ils ont bien qualité.

drait alors admettre une démission collective du conseil, éventualité assez rare.

Par contre, on n'a pas à tenir compte de la mort ou de la démission survenue entre la date du mandat et celle de la mainlevée. On considère, en effet, que les administrateurs, nommant un directeur général ou un administrateur délégué, n'ont fait que représenter la société. Le directeur tient ses pouvoirs plus de la société elle-même que du conseil (42).

Le consentement nécessaire pour accomplir les actes juridiques ou matériels émane soit de l'assemblée générale, soit du conseil d'administration, soit de l'administrateur délégué (43). Cela dépend des statuts. Généralement la mainlevée est laissée à la discrétion du conseil d'administration. Si par hasard les statuts présentent des lacunes, conformément aux principes que nous avons dégagés, le conseil d'administration aura les pouvoirs suffisants pour donner mainlevée, mais seulement si la créance est soldée; sinon, une délibération de l'assemblée générale serait nécessaire; en effet, le premier cas rentre évidemment dans les actes d'administration, alors que le second est un acte de disposition, et des plus graves (44).

(42) V. note HOUPIN, *J. des soc.*, 1896, 239.

(43) BOULANGER, n. 384, 386.

(44) *Sup.*, p. 96; JACQUET et VÉTILLARD, p. 685. Quid, s'il s'agit d'une mainlevée incorporée dans une transaction? Voir sur ce point, *supra*, p. 116 et 124 et notamment BOULANGER, n. 387.

Nous savons que les délibérations du conseil d'administration ou de l'assemblée autorisant ces mainlevées doivent être passées en la forme notariée. On présentera (HOUPIN et BOSVIEUX, I, n. 608) le procès-verbal de la délibération dressé par le notaire et signé par les membres du bureau, en y joignant la feuille de présence notariée, émarginée par les actionnaires et certifiée par les

SECTION III. — LA TACHE DU CONSERVATEUR

§ 1^{er}. — Vérification des pouvoirs

C'est la lecture des statuts qui fixe également le conservateur sur les pièces qu'il doit exiger (45) ; elles sont plus ou moins nombreuses. Il arrive qu'il ait à réclamer à l'appui de l'acte de mainlevée, non seulement un exemplaire des statuts, mais encore le procès-verbal de la délibération de l'assemblée générale autorisant la mainlevée, le compte rendu de cette assemblée nommant les membres du conseil d'administration et enfin le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration (46) désignant le directeur général chargé de l'exécution des décisions ; ainsi, à l'acte de mainlevée, le requérant devra joindre un certain nombre de pièces. Mais le conservateur se montre accommodant ; et, souvent, sur les indications du notaire et ses connaissances personnelles, il se contentera d'une ou deux pièces seulement (47).

membres du bureau. Il est à remarquer que le procès-verbal n'est pas signé par tous les actionnaires, mais seulement par les membres du bureau de l'assemblée.

(45) BOULANGER, n. 389, *in fine* ; JACQUET et VÉTILLARD, p. 660 et 685.

(46) Pour faire l'économie d'un certain nombre de ces pièces, ne pourrait-on pas essayer de voir dans le conseil d'administration un organe de la société, au lieu d'un mandataire ? V. *supra*, p. 102 et s. ; voir aussi cass. civ., 30 octobre 1928, D., 1930. 1. 11, note CHÉRON. Cette conception n'est pas française ; le conseil d'administration est bel et bien un mandataire (voir l'art. 22 de la loi de 1867 et l'article 69 de la loi du 1^{er} août 1893).

M. CHÉRON signale (note précitée) qu'il y a un moyen bien simple de se passer de la délibération du conseil d'administration. Il suffit pour cela que la société, dans ses statuts ou dans une assemblée générale, donne directement mandat à l'un des administrateurs (trib. co. Nantes, 11 juill. 1921, *J. des soc.*, 1922, 230).

(47) Souvent les sociétés se trouveraient bien empêchées d'en fournir davantage. Il exigera d'habitude, en plus de l'acte de mainlevée, une procuration authentique et s'estimera ainsi suffisamment garanti,

§ 2. — Vérification de la tenue des assemblées

Il ne se borne pas à exiger le dépôt en la forme authentique; il fait plus; il vérifie aussi la tenue des assemblées (48); il s'assure notamment que le quorum voulu, que la majorité requise ont bien été obtenus; il veille à ce que les actionnaires aient voté avec le nombre de voix qui leur est accordé par la loi et les statuts. Son devoir également est de s'assurer que les délais de convocation ont été strictement observés.

C'est là un des points délicats de ses fonctions, une source d'ennuis et de complications. Il doit ainsi s'astreindre à un examen minutieux et méthodique des causes de nature à provoquer la nullité des assemblées (49). Cette vérification rentre assurément dans ses attributions, qui consistent essentiellement à exiger la preuve de la qualité (50); car celle-ci

sans avoir jugé bon d'exiger qu'on lui justifie jusqu'à la source de ces pouvoirs en la forme authentique. Par exemple, à moins que les statuts ne confèrent directement le mandat, ordinairement, pour se les procurer il recourra au mode de renseignement que la loi a prévu pour tous les tiers, il exigera copie délivrée par le greffier. Le plus souvent, d'ailleurs, les mainlevées seront consenties par des sociétés connues du public, tels que le Crédit foncier ou encore les sociétés de Crédit agricole; il en connaît les mandataires et ne fait point de difficultés.

(48) JACQUET et VÉTILLARD, p. 685 et suppl. p. 34. « Le conservateur, dit M. PONT (II, n. 1098), ne doit effectuer la radiation que si elle est requise en vertu d'actes réguliers et probants... et, pour cela, il a le droit d'exiger que l'on dépose entre ses mains non seulement cet acte lui-même, mais encore les documents qui complètent la pièce ou sont propres à établir qu'elle est régulière et qu'elle existe dans les conditions déterminées par la loi ». V. l'art. précité de M. NÉGRÉ, *J. des conservateurs*, 6634, p. 83.

(49) Il est difficile surtout de savoir dans quelle mesure la nullité est couverte (cf. cass. req., 31 déc. 1906, D., 1908. I. 512, note PERCEROU).

(50) V. *sup.*, p. 58, 83, 152.

résulte du mandat, lequel a sa source dans un quorum, dans une majorité.

§ 3. — Simplification opérée par la pratique sur ce point

Observons toutefois que sa responsabilité en cette matière n'est pas aussi large qu'il pourrait sembler. Souvent les sociétés ne lui fournissent que des pièces insuffisantes et incomplètes. Or, la pratique, qui est reine en ce domaine, lui permet de se contenter de ces extraits; aussi est-il admis qu'il ne pourrait être déclaré responsable que si les extraits à lui présentés faisaient clairement apparaître une cause de nullité (51). Nous voyons donc encore là un exemple de la puissance de la pratique en matière hypothécaire. Elle a autrement d'importance que la loi ou que la jurisprudence. La loi, en effet, est laconique, et même, les tribunaux ne craignent pas de l'accommoder et de l'interpréter à leur façon. Quant aux décisions des tribunaux, elles sont vraiment trop rares pour que l'on puisse parler de jurisprudence; et puis, elles sont surtout des cas d'espèce et tiennent le plus grand compte des circonstances, des faits; on sent, à leur lecture, que la notion de bonne foi est tout à fait prédominante. Or, cette notion échappe d'habitude au contrôle des conservateurs. Donc, pas plus que la loi, elles ne peuvent constituer un guide sûr

(51) Il doit s'assurer que ces extraits sont dressés et signés conformément aux statuts (Orléans, 25 janv. 1912, S., 1914, 2, 33) : « Si « les statuts sont muets, ajoute le *J. des conservateurs*, relative-
« ment aux personnes ayant le droit de signer les extraits, ceux-ci
« devront être signés par tous les membres du bureau qui ont signé
« le procès-verbal » (*J. des conservateurs*, 10961); cf. trib. co.
Saint-Pol, 16 janv. 1931, *J. des sociétés*, 1931, 414.

pour les conservateurs. Ce rôle est dévolu à la pratique ; celle-ci respecte en face les principes solides, mais n'accepte pas toutes leurs conséquences ; elle répugne aux normes impératives et donne la plus grande liberté d'action. Aux rationnelles, mais froides émanations de l'esprit, elle tend toujours à substituer des règles souples de vie. Ainsi, toute cette matière de la radiation semble dominée, pour qui l'étudie à fond dans les livres et la raisonne, par la notion de la responsabilité des conservateurs ; or, il est curieux de constater, quand on voit de près la façon de procéder de ceux-ci, qu'elle tend à décliner. Certes, elle ne disparaîtra pas, mais la force qui pousse à la simplification la réduira jusqu'au point où la radiation sera arrivée à un fonctionnement facile. Ce qui permet d'ailleurs à la pratique de prendre un tel développement, c'est la large initiative laissée au conservateur (52). Un peu comme en matière commerciale, nous assistons ici à la naissance d'usages.

(52) Voir *supra*, p. 42.

CHAPITRE VI

La radiation des inscriptions profitant aux sociétés à responsabilité limitée

SECTION I. — POURQUOI A-T-ON CRÉÉ CETTE NOUVELLE FORME DE SOCIÉTÉ ?

Pour les besoins du commerce, une loi de date récente du 7 mars 1925 a créé un type nouveau de société : la société à responsabilité limitée. Auparavant, lorsque quelques individus voulaient s'associer à raison de la confiance qu'ils s'inspiraient mutuellement pour faire le commerce, ils n'avaient guère le choix ; la société anonyme, qui ne tient point compte des qualités personnelles de ses membres, qui est encombrée d'autre part de formalités constitutives et qui n'est d'ailleurs faite que pour les grosses entreprises, ne leur convenait pas ; il en était de même de la commandite par actions. Ils étaient presque forcés d'opter pour la société en nom collectif ou la commandite simple. Cette forme leur convenait, s'ils désiraient surtout obtenir du crédit, mais non s'ils faisaient passer, avant tout, leur souci de sécurité ; en effet nous savons que les associés en nom collectif sont responsables solidairement et indéfiniment.

La loi de 1925 qui prend modèle sur la « *Private Com-*

pany » anglaise et sur la « *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* » allemande, vieille de plus de trente ans, ne touche point à l'*intuitus personae*, mais limite la responsabilité; ainsi se trouve comblée une des lacunes de notre droit commercial; cela apporte une notable exception à la règle, d'après laquelle l'associé en nom engage tous ses biens (1). Mais, comme dans les sociétés en nom collectif, l'associé continue à ne pouvoir céder sa part à un tiers, si ce n'est avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins les trois quarts du capital social (art. 22); toutefois, son décès n'entraîne point, sauf disposition contraire des statuts, dissolution de la société (art. 36). On estime alors que, conformément aux principes de notre droit, la part sociale est recueillie par les héritiers du défunt (2). L'article 4 de la loi dispose que les sociétés ne peuvent se former par appel au public. Tels sont les traits les plus marquants. Cette société fait donc le pont entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux (3).

Certes, la loi de 1925 n'est point parfaite (4); cependant nous voyons les sociétés à responsabilité limitée se multiplier à une cadence très rapide. C'est que, comme nous l'avons vu, cette forme répondait à des besoins certains du commerce. Si l'on ajoute à cela qu'elle a été grandement favorisée par le fisc et que sa constitution a été rendue aussi simple que possible, on s'expliquera son merveilleux essor.

(1) Voir l'étude de M. LEPARGNEUR : « *La loi nouvelle sur les sociétés à responsabilité limitée* », parue d'abord dans le *Journal des sociétés* (*J. des soc.*, 1925, 257), puis en éditions séparées.

(2) Etude de M. LEPARGNEUR, précitée, *J. des soc.*, 1925, 257.

(3) *Ibid.*, 1925, 268.

(4) Voir l'étude de M. WAHL, *J. des soc.*, 1926, 193.

SECTION II. — RÈGLES CONSTITUTIVES

Il importe de passer brièvement en revue les principales formalités auxquelles elle doit se soumettre lors de la constitution, la doctrine faisant au conservateur, ainsi que nous l'avons dit (*v. sup.*, p. 145), un devoir de s'en assurer. La sanction de ces règles est d'ailleurs identique à celle prévue pour inobservation des formalités constitutives dans les sociétés anonymes (art. 9). Son contrôle devrait donc s'exercer d'abord sur l'objet de la société à responsabilité, qui ne peut consister en une entreprise de capitalisation, d'épargne, d'assurance (art. 2) ; en second lieu, il veillerait à ce que la société fût constatée par un acte écrit (art. 4, alinéa 1) ; il examinerait si tous les associés sont intervenus à l'acte, tout au moins par mandataire (art. 4, alinéa 3), si le capital social n'a pas été souscrit sous forme de valeurs mobilières offertes au public (art. 4, alinéa 4), s'il est d'au moins 25.000 francs (art. 6, al. 1) ; il s'assurerait que les parts soient de 100 ou d'un multiple de 100 (art. 6, al. 2), qu'elles aient été entièrement libérées dès l'origine (art. 7, al. 1 et 2) et que les apports en nature aient été évalués (art. 8, al. 1).

SECTION III. — ADMINISTRATION DE CES SOCIÉTÉS

Ces sociétés sont administrées de la façon suivante ; les assemblées générales détiennent les pouvoirs souverains (art. 26) ; nomination des gérants, approbation des comptes annuels, répartition des bénéfices sont de leur ressort ; il leur

appartient également de voter les modifications qui ne sortent pas du cadre des statuts.

Les délibérations doivent obtenir une majorité représentant plus de la moitié du capital social ; à la seconde convocation, la majorité suffit (art. 27). Suivant que la société compte plus ou moins de 20 membres, le vote par correspondance est prohibé ou, sauf clause contraire, permis (art. 26).

Les statuts ou l'assemblée délèguent la gestion de la société à un ou à plusieurs mandataires appelés gérants (art. 24). Au cas où on n'en aurait pas désigné, on revient aux principes généraux du Code civil (art. 1859). Ils ont la charge de passer les actes au nom de la société ; c'est à eux évidemment qu'il appartient de requérir la radiation. Si on compare leur situation à celle des autres gérants, on voit qu'ils ne méritent pas leur nom ; ils se rapprochent plutôt des administrateurs des sociétés anonymes auxquels ils empruntent un trait essentiel : leur responsabilité limitée ; mais ils s'en distinguent, en ce que leur entrée en fonctions n'est point subordonnée à la possession d'actions de garantie et en ce qu'ils ne sont pas révocables *ad nutum* ; il faudrait invoquer un motif légitime (art. 24, al. 3) ; ils peuvent le contester et le soumettre à l'appréciation du tribunal. Ils ne sont pas obligatoirement pris parmi les associés (art. 24, al. 1), ce qui fait une différence de plus avec la situation des administrateurs.

SECTION IV. — LES POUVOIRS DES GÉRANTS LE PROCURISME

Leur situation est donc très forte. Leurs pouvoirs (5) ne le sont pas moins, comme en témoigne l'article 24 de la loi : « Sauf stipulations contraires des statuts, ils (les gérants) ont tous les pouvoirs pour agir au nom de la société en toutes circonstances ; toute limitation contractuelle des pouvoirs du gérant est sans effet à l'égard des tiers ». La loi semble contradictoire. Les stipulations statutaires ont-elles ou non un effet ?

Une heureuse conciliation a été trouvée par la doctrine (6). S'inspirant du but de loi, qui est de dispenser les tiers d'avoir continuellement à se renseigner pour savoir si le gérant reste bien dans la limite des pouvoirs que les statuts lui ont conférés, les commentateurs de la loi ont dit : à l'égard des tiers, les limitations statutaires des pouvoirs du gérant seront lettre morte (7) ; mais, entre associés, elles joueront comme dans les autres sociétés ; l'excès de pouvoir sera une cause suffisante de révocation du gérant. Comme l'ont fort bien dit les deux rapporteurs (8) : « Il faut que les tiers

(5) Voir surtout l'excellente étude de M. HOUPIN « *Des pouvoirs et de l'organisation de la gérance dans les sociétés à responsabilité limitée* », *J. des soc.*, 1932, p. 449 et s.

(6) DROUETS, *Traité théorique et pratique des sociétés à responsabilité limitée*, éd. Sirey, 1925 ; HAMEL, *Rev. tr. de dr. civ.*, 1925, 576 ; étude de M. LEPARGNEUR, précitée ; PIOT, *Traité théorique et pratique des sociétés à responsabilité limitée*, p. 52, HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité général des sociétés*, 6^e édition, n. 1588. V. Paris, 28 nov. 1929, *J. des soc.*, 1930, 420.

(7) D., 1925. 4. 169.

(8) Ainsi s'explique-t-on qu'au nombre des indications qui doivent paraître dans l'extrait publié dans les journaux, la loi ne mentionne pas les pouvoirs des gérants (l. 7 mars 1925, art. 14).

« soient assurés que la société ne pourra jamais renier les engagements pris en son nom par le ou les gérants ».

Une autre difficulté d'interprétation s'est présentée; d'éminents auteurs ont pensé que, par limitation contractuelle, les rédacteurs de la loi avaient eu dans l'idée les stipulations postérieures aux statuts. Le premier, M. Lepargneur, a, tout en se ralliant à l'interprétation couramment admise, présenté cette opinion (9); M. Wahl l'a soutenue avec vigueur (10). Nous nous rangeons à l'avis de la majorité des interprètes; si l'on consulte, disent-ils, les travaux préparatoires et si l'on s'en rapporte notamment aux vœux présentés par la Chambre de Commerce de Strasbourg (11), il semble bien que, par limitations contractuelles, on a visé les stipulations inscrites dans les statuts (12).

Il est facile de comprendre le changement profond qu'opère l'article 24 de la loi nouvelle : dans les autres sociétés, les statuts constituent la loi des associés et des tiers; et c'est pour mettre ces derniers à même de connaître leur contenu qu'on en prescrit la publicité. Dans les sociétés à responsabilité limitée, ce n'est plus du tout le même principe. Entre associés, certes, les statuts font toujours loi; mais ils ne lient plus les tiers, sur ce point spécial des pouvoirs des gérants; ils ne leur sont plus opposables. Du même coup, cela devrait supprimer la nécessité de la publicité. En effet, les tiers n'ont

(9) *J. des soc.*, étude précitée, 1925, 336, note 3.

(10) *J. des soc.*, étude précitée, 1926, 198.

(11) *Recueil juridique des sociétés*, 1928, 192.

(12) Voir Paris, 28 nov. 1929, *J. des soc.*, 1930, 420.

plus besoin de consulter les statuts avant de traiter avec la société. Les connaîtraient-ils, on ne pourrait cependant les leur opposer (13). C'est ce que l'on appelle le procurisme, théorie en vertu de laquelle le gérant est investi, tout au moins à l'égard des tiers, de pouvoirs légaux et intangibles, limités seulement par l'objet de la société (14).

C'est une théorie allemande, transplantée dans notre droit; elle est en désaccord avec nos principes, et nous ne croyons pas qu'elle parvienne à s'acclimater chez nous. On sent très nettement une résistance de la part de la grosse majorité de la doctrine et de la jurisprudence. C'est ainsi que lorsque la société a à sa tête plusieurs gérants, les clauses limitant leur action isolée sont opposables aux tiers. En ce sens, doctrine (15) et jurisprudence (16) se sont très fermement prononcées. Il n'y a pas lieu, dit-on, d'étendre la portée de l'article 24; il ne faut pas forcer sa signification, d'au-

(13) Trib. co. Seine, 12 janv. 1928, *Recueil des soc.*, 1928, 121, D., 28. 2. 193; Paris, 20 nov. 1929, *J. des soc.*, 1930, 40.

Bien entendu, il faut réserver le cas de fraude. *Fraus omnia corrumpit*; v. à ce sujet trib. co. Lyon, 14 janvier 1931, *Gaz. com.* Lyon, 1931, 124; voir égal. D., 1928. 2. 193, note PIC.

(14) LEPARGNEUR, étude précitée, 1925, 337; PIC et BARATIN, *Les sociétés à responsabilité limitée*, n. 292; voir Poitiers, 23 juin 1931, *J. des soc.*, 1932, 574; voir aussi trib. civ. Mulhouse, 27 mars 1928, D., 1928. 2. 153, note CHÉRON. Le savant professeur montre bien que les juges de Mulhouse, encore qu'ils reconnaissent au gérant les plus larges pouvoirs, faisaient sans doute erreur en admettant que ces pouvoirs pouvaient, même vis-à-vis des tiers, recevoir des restrictions par voie statutaire.

(15) DROUETS, *op. cit.*, n. 248; LEPARGNEUR, étude précitée, 1925, 338; PIC et BARATIN, n. 298; étude de M. AUGER, *Rev. des soc.*, 1927, 131; HOUPIN, étude précitée, *J. des soc.*, 1932, p. 453 et s.; suivant cet auteur, c'est à la gérance, c'est à la collectivité des gérants et non pas aux gérants pris en particulier, que la disposition 24 de la loi s'adresse. Voilà pourquoi, soutient-il avec une doctrine imposante, les tiers peuvent se voir opposer une clause prescrivant l'action conjointe des gérants, à la condition, cela s'entend, qu'elle ait

tant plus qu'il déroge gravement à nos principes habituels. Nous noterons toutefois que quelques auteurs ne partagent pas cet avis.

SECTION V. — ON NE PEUT APPLIQUER CETTE THÉORIE AU CONSERVATEUR

Tout ce que l'on peut déduire de cet exposé, c'est que la théorie du procurisme est inapplicable au conservateur. Plusieurs motifs nous conduisent à cette solution négative.

Nous savons bien que le conservateur est un tiers (v. *sup.*, p. 147) et que par conséquent on devrait, comme à un créancier par exemple, lui faire application de la disposition 24 de la loi. Normalement les limitations contractuelles des pouvoirs des gérants ne devraient pas lui être opposables.

Mais on ne peut manquer d'observer que la loi, spécialement en ce qui concerne les pouvoirs du gérant, a fait l'objet de sérieuses et récentes controverses (v. *supra*, p. 169, 170) (17); or, nous savons que cela justifie la résistance du

été publiée. En somme, sont lettre morte à l'égard des tiers les clauses qui ont trait à l'étendue des pouvoirs des gérants; au contraire, reprennent leur plein effet des stipulations touchant au mode d'exercice de ces pouvoirs. *Contra* LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, 5^e édit., n. 1029, 47. THALLER et PERCEROU, I, n. 725. 7.

(16) *Trib. civ. Seine*, 22 février 1929, *J. des soc.*, 1929, 503.

(17) En plus de celles que nous avons notées (voir les traités de LYON-CAEN et RENAULT, de THALLER et PERCEROU précités ainsi que les savantes études de MM. LEPARGNEUR, WAHL et HOUPIN précitées), signalons, relative au conseil de gérance, la divergence entre PIC et BARATIN (n. 297), PIOT (n. 31) d'une part, DROUETS (n. 317), AUGER et MICHEL (n. 45) d'autre part; voir aussi l'opinion émise par M. HOUPIN (étude précitée, p. 459), concernant la division des pouvoirs des gérants. Enfin ne doit-on pas, si l'on admet avec M. HOUPIN et la grosse majorité de la doctrine que c'est la collectivité

conservateur. La controverse a roulé sur plusieurs points; elle est grave, car de sa solution dépendait l'existence même du procurisme.

D'autre part, la loi est encore relativement récente et pas toujours d'une clarté parfaite; cela commande la prudence; aussi son attitude doit être de réserve; il fera bien, pour le moment, en n'agissant pas autrement que pour les autres sociétés.

Il faut ajouter que jusqu'ici aucun jugement n'a été rendu concernant les conservateurs; leur initiative risquerait de leur coûter cher. Ensuite remarquons qu'il y a chez nous une tendance marquée à réduire la portée de cette théorie, il est tout indiqué, en l'occurrence, de suivre cette tendance.

Nous invoquerons, pour terminer, des raisons tout à fait déterminantes; les auteurs, avons-nous vu (18), font un devoir aux conservateurs de porter leur examen sur les formalités constitutives. Ce n'est pas ce que nous avons soutenu, mais enfin, pour beaucoup ce serait un motif suffisant pour exiger la production des statuts et les examiner dans les dé-

des gérants qui jouit de pouvoirs illimités et intangibles, tirer cette conséquence que, à moins de clause contraire portée à la connaissance des tiers, leur action isolée est prohibée (cf. LEPARGNEUR, étude précitée, 1925, 337) ? Par ailleurs, la question de savoir s'il est permis au gérant de déléguer ses pouvoirs peut soulever certaines difficultés (v. LEPARGNEUR; PIC et BARATIN; PIOT, *op. cit.*; voir aussi HOUPIN, étude précitée, p. 461). Voir enfin la chronique de M. Paul PIC « *Le problème de la gestion collective dans les sociétés à responsabilité limitée* » (D. H. 1928, n. 34); nous y relevons (page 79) notamment ceci : « Cette inopposabilité aux tiers « des clauses limitatives de responsabilité est une véritable prime « à la mauvaise foi ». L'auteur se déclare partisan, en ce qui concerne les pouvoirs des gérants, d'un retour pur et simple au droit commun. Voilà qui doit donner à réfléchir aux tiers responsables.

(18) *Sup.*, p. 145. Voir notamment JACQUET et VÉTILLARD, *suppl.*, p. 52.

tails. D'autre part, il arrive assez fréquemment que le pacte social nomme lui-même le gérant ou, tout au moins, indique les conditions de sa nomination. Il constitue alors la preuve de la qualité, dont la théorie du procurisme n'a jamais songé à dispenser ceux qui s'en prévalent.

Jugerait-on ces raisons de peu de poids, il en subsisterait une que l'on ne peut démolir. A l'heure actuelle, on semble d'accord pour dire qu'il y a certaines clauses opposables aux tiers (19). N'y en aurait-il qu'une, cela suffirait pour interdire aux tiers prudents de traiter, avant vérification des statuts. C'est pourquoi nous concluons : pour les sociétés à responsabilité limitée, le conservateur doit procéder de la même façon que pour les autres sociétés.

Voici la conclusion de MM. Jacquet et Vétillard (20) : « Le
« conservateur qui, professionnellement, n'est pas un juris-
« consulte, n'a pas à prendre parti dans les controverses ju-
« ridiques, en présence desquelles il peut se trouver. Il agira
« donc avec le sentiment de l'exacte appréciation de son rôle,
« tant du moins que la jurisprudence ne se sera pas pronon-
« cée, en ne donnant suite, à charge des justifications habi-
« tuelles, qu'aux mainlevées consécutives à la libération du
« débiteur et en renvoyant les parties à faire régulariser les
« mainlevées consenties sans constatation de paiement, soit
« par la ratification de tous les sociétaires, soit par une déci-
« sion de justice ».

(19) *Sup.*, p. 171 ; v. aussi *J. des conservateurs*, 10891.

(20) Supplément, p. 53.

A vrai dire, depuis que MM. Jacquet et Vétillard écrivaient ces lignes, les questions controversées, certaines du moins, ont été posées devant la jurisprudence et ont été tranchées dans le sens que la majorité de la doctrine avait choisi. Toutefois, pas une de ces décisions n'est intervenue en matière de mainlevée. Le conservateur ne laissera donc pas d'être prudent. Nous estimons néanmoins qu'il devra, pour les mainlevées sans paiement non prévues par les statuts, se contenter d'exiger la réunion des conditions de vote des assemblées générales, c'est-à-dire, à la première convocation, la majorité du capital social, à la seconde convocation, la majorité des voix exprimées (cf. Lepargneur, étude précitée, 1925, p. 349 et s.). Irons-nous plus avant ? Il nous semble bien que si rien dans les statuts ne limitait les pouvoirs de la gérance, les conservateurs n'engageraient pas leur responsabilité en n'exigeant pas, pour la radiation d'une inscription sans paiement constaté, une autorisation quelconque de l'assemblée. En tout cas, c'est tout ce que l'on pourrait garder, sans courir de risques, de cette nouvelle théorie.

CHAPITRE VII

La radiation des inscriptions profitant aux sociétés civiles d'obligataires

SECTION I. — LA QUESTION DE LA VALIDITÉ DE CES SOCIÉTÉS

Les grandes sociétés anonymes font un fréquent appel à l'épargne publique ; elles se trouvent ainsi débitrices de nombreux créanciers qui, ayant eu confiance dans la prospérité et l'avenir des entreprises, ont souscrit à l'émission des obligations.

§ 1^{er}. — Elles sont nées parce qu'elles répondaient à un besoin

Il est de leur intérêt, comme de celui des sociétés, que les souscripteurs d'un même emprunt constituent un groupement (1) ; en effet, tout le monde sait les avantages de l'association ; ici, vraiment elle s'impose ; le nombre, l'ignorance, l'éloignement des prêteurs le démontrent amplement ; leur

(1) V. THALLER, *Ann. de dr. com.*, 1894, 68, ainsi que WAHL « *Des emprunts contractés par des sociétés au moyen d'une émission de titres hypothécaires négociables* », *J. des soc.*, 1898, 193, 241, 289, 337 ; voir également DEPUICHAULT, *Ann. de dr. co.*, 1911, 498 ; voir surtout (*J. des soc.*, 1932, 670) le rapport fait au nom de la Commission civile et criminelle chargée d'examiner : 1° le projet de loi relatif à la protection des obligataires ; 2° la proposition de loi adoptée par le Sénat sur les obligations émises par les sociétés, par M. RAMADIER, député (annexe à la séance du 25 février 1932, n° 6417).

groupement est d'autant plus nécessaire qu'ils ont en face d'eux un organisme puissant; s'ils restent isolés, ils ne peuvent pratiquement agir, ni même se défendre; ils sont à la merci de la société. Or, la meilleure façon de lutter contre des forces coalisées, n'est-ce pas de s'unir ? D'autre part, le groupement des obligataires est une chose toute naturelle; l'émission des obligations constituant un bloc, les souscripteurs sont unis par la force des choses; il n'y a qu'à consacrer cette situation de fait : ce sera l'œuvre de la convention.

La société est également intéressée (2) à ce qu'ils s'associent; quand elle se trouve en difficulté et qu'au lieu de s'abandonner à sa chute, elle tâche de se redresser, elle a besoin de conclure des arrangements avec ses créanciers; cela lui serait bien difficile, si elle avait en face d'elle des individus isolés; il sera, en pareilles circonstances, souvent opportun pour le groupement d'abandonner une partie de ses droits, de concéder des délais, d'accorder des remises; en sauvant la société, il pourra ainsi sauvegarder une partie de la créance (3).

L'utilité de ces groupements, que l'on appelle tantôt sociétés civiles, tantôt associations, tantôt syndicats d'obligataires, s'est fait tout particulièrement sentir lors de la constitution d'une hypothèque au profit de l'ensemble des obligataires. Si la constitution en est facile, c'est tout avantage pour la société emprunteuse, qui voit son crédit accru, et qui peut par là-même émettre à des conditions moins onéreuses. Nous

(2) V. (*J. des soc.*, 1932, 685), le rapport précité.

(3) V. étude de M. DECUGIS, *J. des soc.*, 1902, 462.

n'aurons garde d'omettre que c'est précisément le but de l'article 69 de la loi du 1^{er} août 1893 (v. *supra*, p. 125). Cette loi a voulu renforcer le crédit des sociétés en donnant des facilités pour les constitutions d'hypothèques au profit des obligataires.

Ces groupements rendent bien d'autres services, ils permettent de passer des contrats et de conclure des arrangements de toutes sortes avec la société; ils facilitent transactions et mainlevées.

Il eût été impossible, à propos de chaque cas particulier qui se serait posé, de recourir à la notion de gestion d'affaires ou de mandat, pour les raisons suivantes : la rapidité est une qualité, souvent même la condition de la réussite; or, l'emploi du moyen indiqué ne va pas sans des lenteurs extrêmement préjudiciables au succès; d'autre part, il ne permet jamais d'obtenir la ratification ou le consentement de tous; et pourtant, l'unanimité est l'élément dont on peut le moins se passer; peu importe, à la rigueur, la qualification du contrat; ce qu'il faut, c'est que tous consentent ou ratifient.

Admettons qu'il n'y ait pas de difficulté de ce côté; gestion d'affaires et mandat ne durent que le temps de l'affaire envisagée, comme le fait très bien remarquer M. Wahl (4), au sujet de la représentation par gestion d'affaires dans la constitution d'une hypothèque : « Elle leur assure, en même « temps que l'hypothèque, la publicité de cette hypothèque ;

(4) *J. des soc.*, 1898, 289.

« mais elle ne leur assure pas l'exercice ultérieur des droits « résultant de l'hypothèque ». Le groupement des porteurs d'obligations répondait donc à un besoin réel.

§ 2. — Elles sont inorganisées. — Fraudes auxquelles elles sont exposées

Parmi tous les actes que ces groupements auront à accomplir, il en est qui manifestement apparaissent comme profitables; c'est par exemple une constitution d'hypothèque à leur bénéfice. On peut passer ces actes, sans respecter à la lettre les règles de forme et de majorité posées par la loi du groupement; ils n'en sont pas moins valables d'après les principes du droit commun, car ils sont tout profit.

Il y en a d'autres, dont l'utilité est plus discutable; ce sont d'ailleurs les plus fréquents : transactions, stipulations pour le remboursement du capital, radiations (5). Les avantages qu'ils peuvent présenter, ne sont pas sans contre-partie. C'est à leur sujet que s'est posée, en doctrine et en jurisprudence, la fameuse question de la validité des sociétés civiles d'obligataires.

Ce qui a donné au problème toute son acuité, ce sont les

(5) Il faut bien se garder de voir toujours dans la radiation un acte favorable uniquement au débiteur. Souvent, ce sera l'intérêt bien compris des obligataires de la consentir. Par exemple, une société immobilière émet des obligations pour payer le prix du terrain qu'elle va lotir; elle constitue sur ce terrain une hypothèque au profit des obligataires. Or, cette société ne pourra vendre les terrains lotis et partant assurer l'amortissement des obligations que si, en même temps, elle obtient la radiation d'hypothèque ou tout au moins la réduction du gage. Les obligataires ont le plus grand intérêt à y consentir, au fur et à mesure des amortissements; car, sinon, l'hypothèque étant indivisible, il ne se présenterait pas d'acheteur, et la société immobilière serait arrêtée dans son fonctionnement.

nombreuses fraudes dont ont fait l'objet leur constitution et surtout leurs délibérations. D'autre part, il est arrivé trop souvent que des sociétés civiles d'obligataires se sont formées à l'instigation des sociétés anonymes, qui en ont fait des instruments dociles de leurs volontés et ont ainsi réussi, par des manœuvres habiles, à se jouer des obligataires qui les composaient. Par exemple, on conçoit parfaitement qu'une société en mauvaise posture et à court d'argent ait employé des moyens dolosifs pour obtenir d'un groupement d'obligataires la mainlevée d'une hypothèque avant paiement (6).

Les tribunaux ont été fréquemment appelés à juger de tels procédés; alors, ils n'ont pas hésité à prononcer la nullité, sinon du groupement, du moins des délibérations incriminées; ils ont diversement motivé leurs décisions, qui constatent tantôt que le contrat ne peut avoir aucune base juridique sérieuse (7), tantôt que l'assemblée a excédé les pouvoirs que lui conféraient les statuts (8), tantôt que les obligataires n'avaient pas connaissance suffisante, lors de la souscription, des clauses du contrat (9), tantôt que la majorité de l'assemblée

(6) M. RAMADIER, député, chargé par la Commission de législation civile et criminelle de rapporter le projet de loi relatif à la protection des obligataires, conclut en ces termes (*J. des soc.*, 1932, 692) : « Le « pire est que la charte des obligataires est établie, leur représentation organisée par la société débitrice, avant même que les obligations soient souscrites. Dans une pénombre discrète, cet organisme de défense est constitué par ceux, contre lesquels il doit « défendre les obligataires. Et l'insuffisance technique du régime « est aggravée par le vice de son origine ».

(7) Trib. co. Seine, 21 avr. 1926, *J. des soc.*, 1926, 569.

(8) Lyon, 28 mars 1930. *Rev. des soc.*, 1930, 196.

(9) Trib. civ. Seine, 27 juill. 1927. *J. des soc.*, 1929, 173; trib. civ. Marseille, 25 juill. 1928, *Rev. des soc.*, 1928, 438.

ne peut, aussi longtemps que le législateur n'en aura pas ainsi décidé, lier la minorité (10).

Ainsi, la fraude se trouve sévèrement réprimée. Mieux vaudrait la prévenir. Or, loin d'être empêchée, elle est facilitée. En effet, la tentation est d'autant plus grande d'user de semblables procédés qu'ordinairement les formalités de constitution, les règles de formes impératives, les règles de publicité sont réduites au minimum. Elles dépendent entièrement de la volonté des obligataires qui prennent l'initiative du groupement, et qui ne sont point portés, dans leur désir d'agir librement et aussi de tirer parti de l'absence de contrôle, à s'embarrasser de formalités encombrantes et coûteuses. Les groupements d'obligataires qui, plus que tous autres, ont besoin de protection, deviennent, livrés à eux-mêmes, la proie des gens malhonnêtes.

En effet, dès le début on a rejeté les sociétés civiles d'obligataires des cadres éprouvés et protecteurs de la société et de l'association. Pour des raisons juridiques bonnes ou mauvaises, les tribunaux se sont ordinairement prononcés en ce sens (11) : voilà certes qui a facilité les fraudes. On ne pouvait pourtant pas annuler les groupements d'obligataires ; mais il fallait les entourer de règles protectrices. Le législateur ne

(10) Paris, 20 mars 1924, *J. des soc.*, 1924, 222 et 268.

(11) Paris, 20 mars 1924, précité ; trib. civ. Marseille, 25 juill. 1928, précité.

Certains jugements ne cachent pas, il est vrai, leurs préférences pour l'idée d'association (v. notamment Besançon, 11 déc. 1926, *J. des soc.*, 1927, 271 ; trib. co. Lyon, 24 avril 1928, *Gaz. jud. et comm. de Lyon*, 16 août 1928). Mais ils subordonnent la reconnaissance de ce groupement comme association à la formalité de la déclaration .

se décidant pas à intervenir (12), les considérations théoriques ne devaient-elles pas plier devant les nécessités de la pratique ?

§ 3. — Conditions pour que les obligataires soient liés par le contrat

Ce contrat n'est donc pas soumis à des conditions particulières de forme et de fonds. Il y a lieu de lui faire tout simplement application du droit commun (C. civ., art. 1101

(12) Cependant il a été déposé plusieurs projets de loi ; le dernier l'a été à la date du 14 novembre 1930 (v. *J. off.*, 24 déc. 1930, Doc. ch., n. 4050, p. 122). Ce projet de loi, rapporté par Monsieur le Député RAMADIER devant la Commission de législation civile (*J. des soc.*, 1932, 670), fixe tout d'abord les conditions de l'émission des obligations. Notamment, il décide que la société émettrice devra établir un cahier des charges (art. 4) ; d'autre part, un commissaire, désigné par le Président du tribunal civil dont dépend le siège social, sera chargé de contrôler l'émission et de fournir un rapport (art. 6). L'article 9 déclare que « les obligations soumises à un même cahier des charges forment entre elles une masse d'intérêts communs, qui jouit de la personnalité morale ». Puis ce sont des dispositions réglant la convocation et la tenue des assemblées. L'article 20 du projet prévoit le cas de la radiation. Il faut pour cet acte (art. 22, al. 2) une majorité des trois quarts des voix des obligataires présents ou représentés. Mais voici ce qui est très intéressant pour les conservateurs : cette décision doit être homologuée par le tribunal de commerce (art. 24) ; c'est la meilleure des garanties, et il semble bien que les conservateurs n'auraient pas d'autres justifications à exiger que des délibérations homologuées. Toutes les mainlevées ne sont pas soumises à cette formalité. C'est ainsi que pour « les délibérations qui acceptent la substitution de garanties équivalentes ou la restriction des garanties en proportion des amortissements réalisés » (art. 29), il suffirait d'une simple majorité (art. 23, al. 1). Mais même dans ce cas, « si la décision est prise par un nombre de voix inférieur à la moitié du nombre des obligations susceptibles d'être représentées à l'assemblée générale », ce qui arrivera fréquemment, il faudra recourir encore (art. 24) à l'homologation du tribunal. Quand la délibération n'est pas soumise à cette formalité, le conservateur devrait se faire représenter le cahier des charges dressé par-devant notaire, ainsi que les délibérations notariées nommant le représentant et habilitant ce dernier à passer mainlevée.

Voir ESCARRA, *Traité théorique et pratique de l'organisation des obligations*, et aussi les chroniques de M. HAMEL, D. H., 1927, n. 16 et 1931, n. 1.

et suivants) qui, nous le savons, édicte deux conditions essentielles de fond ; nous les réunissons dans la formule suivante : le consentement est exigé de tous les obligataires et doit être donné en connaissance de cause (13).

Tout d'abord, il faut le consentement unanime (14). On ne pourra guère l'obtenir que si la convention est préparée avant la souscription du titre (15). Ainsi elle en sera la condition. Autrement, si l'on attend pour poser les bases du groupement que les titres soient pris à l'émission, il sera bien difficile d'obtenir l'adhésion de l'unanimité. Obtiendrait-on une majorité imposante, cela ne suffirait point.

La seconde condition est que les obligataires traitent en connaissance de cause. Lorsqu'ils souscrivent, il ne suffit pas qu'ils sachent que l'adhésion au groupement est la condition de la souscription, il faut qu'on leur mette sous les yeux, d'une façon claire et détaillée, toutes les clauses des statuts (16) et pas seulement celles qui se rapportent à la formation du contrat, mais encore et surtout celles qui concernent le mode d'exercice. Si le consentement n'est pas suffisamment éclairé, en effet, il n'y a point d'adhésion. Ce n'est pas seulement sur les titres, mais surtout sur les prospectus d'émission, que les clauses essentielles des statuts doivent être reproduites (17). D'autre part, il ne suffit pas de mentionner

(13) *J. des soc.*, 1930, 568, étude fort remarquable de M. LECOMPTE.

(14) Bordeaux, 28 nov. 1927, *J. des soc.*, 1929, 206.

(15) Trib. civ. Marseille, 25 juill. 1928, précité.

(16) Trib. civ., Seine, 27 juill. 1927, *J. des soc.*, 1929, 173 ; trib. civ. Domfront, 5 déc. 1930, *J. des conservateurs*, 10776.

(17) Paris, 20 mars 1924, précité.

que les souscripteurs pourraient prendre connaissance des statuts chez tel notaire (18).

Ce n'est là que l'application du droit commun des contrats, mais il n'est pas inutile de le rappeler, car fréquents sont les cas où ces principes fondamentaux ont été enfreints. Un jugement du tribunal civil de Marseille du 25 juillet 1928 (19) le dit en termes excellents : « L'adhésion à ce groupement, quelle qu'en soit la nature juridique, est un contrat, et pour la validité d'un contrat, quel qu'il soit, l'une des conditions essentielles est un consentement libre et éclairé; c'est au moment où ce contrat se forme, que ce consentement doit être donné ».

§ 4. — Conditions pour que les obligataires soient liés par les actes du groupement

Quant aux pouvoirs de ce groupement, on se montre plutôt restrictif. Pour les actes d'administration il n'y a point de difficulté. Le mandataire les accomplit librement, sans avoir à demander d'autorisation. Il y a lieu, au contraire, de faire une distinction pour les actes de disposition. Ou bien ils sont formellement prévus par les statuts; dans ce cas, ils peuvent être passés par le mandataire muni des autorisations nécessaires. Ou bien les statuts ne les visent pas nettement et n'emploient que des expressions vagues et générales; alors, dans

(18) Trib. civ. Seine, 27 juill. 1927, précité; voir aussi trib. Seine, 12 juin 1929. *Gazette des tribunaux*, 1^{er} avril 1930.

(19) *Rev. des soc.*, 1928, 438.

aucun cas ils ne pourront être passés (20). A l'appui de ces développements nous citerons l'un des considérants essentiels de l'arrêt retentissant de la Cour de Paris du 20 mars 1924, dans lequel certains ont cru voir bien à tort la condamnation des sociétés civiles d'obligataires (21) : « En considérant que
« l'éventualité d'une pareille transformation de la créance n'a
« pas été envisagée par les parties au moment où le prêt est
« intervenu, que les statuts du groupement, quelque larges
« que soient les termes employés, n'ont jamais autorisé l'as-
« semblée générale des porteurs de bons à consentir un aban-
« don de ce genre..., que le concordat préventif ainsi accordé
« n'est pas opposable à la masse des porteurs de bons, parce
« que l'assemblée générale de la société civile par eux consti-
« tuée n'avait pas, selon les statuts, les pouvoirs suffisants
« pour consentir au débiteur les avantages exorbitants qu'elle
« lui a concédés ». D'autre part, il n'est peut-être pas inutile de rappeler que la question premièrement agitée devant la Cour était de savoir qui, des obligataires ou de la société, devait bénéficier de l'option de change accordée par la convention. Il y avait lieu, en définitive, d'interpréter la convention régissant les rapports des obligataires.

(20) Paris, 20 mars 1924, précité ; cass., 17 juill. 1929, *Rev. des soc.*, 1929, 412. A la différence du mandataire, le *trustee* du droit anglais est censé exercer son droit, il a tous les pouvoirs.

(21) V. étude de M. BOSVIEUX, *J. des soc.*, 1924, 257. Cf. C. civ., art. 1864.

SECTION II. — LA PLUS GRANDE PRUDENCE
EST RECOMMANDÉE AUX CONSERVATEURS REQUIS
DE RADIER LES INSCRIPTIONS PROFITANT
A CES GROUPEMENTS

Cela dit, le conservateur devra-t-il radier sur réquisition d'un gérant d'une société civile d'obligataires ? En cette matière, il doit se montrer très prudent, très réservé, pour plusieurs raisons.

§ 1^{er}. — **Le risque est grand**

C'est d'abord parce qu'il risque, s'il radie à tort, d'encourir une responsabilité écrasante, à laquelle il ne sera même pas en mesure de faire face. En effet, les inscriptions prises au profit des obligataires garantissent des sommes considérables. Qu'il se montre donc en cette matière particulièrement attentif. Son droit et son devoir sont de prendre toutes les précautions dictées par sa tâche difficile.

§ 2. — **Controverses — Décisions inquiétantes**

En second lieu, la question des groupements d'obligataires a fait l'objet de nombreuses et de vives controverses.

En doctrine tout d'abord; c'est ainsi que pour Guillaud (22), ces prétendues sociétés sont des contrats innommés; Thaller (23), au contraire, les assimilerait volontiers à des sociétés anonymes. M. Depuichault (24) également n'est

(22) *Traité de la soc.*, 2^e édit. 1892, n. 55.

(23) *Annales de D. comm.*, 1894. II. 65.

(24) *Annales de D. comm.*, 1911. 491.

pas éloigné de voir en ces groupements de véritables sociétés. Un bon nombre d'auteurs (25), au contraire, estiment que ces groupements sont bel et bien des associations.

Bien plus inquiétante encore est la jurisprudence. Elle manque d'unité de vue. Selon les besoins de la cause, on retient la notion de société (26), de gestion d'affaires (27), de mandat (28), d'association (29), ou bien on laisse délibérément de côté la question de la qualification (30).

Qu'on ne dise pas, ajoute-t-on, que ces questions doivent rester en dehors des préoccupations du conservateur. Il a pour rôle de s'assurer de la capacité de ceux qui donnent mainlevée, et c'est précisément la capacité qui fait l'objet des controverses. Certes, il est un grand principe selon lequel la capacité se présume (v. *supra*, p. 29), et d'après lequel le conservateur n'a pas, si le registre ou l'acte de mainlevée lui-même ne font pas ressortir une cause d'incapacité, à exiger la preuve que l'incapacité a pris fin. En notre matière ne semblerait-il pas que c'est le principe lui-même qui est mis en cause par

-
- (25) WAHL, *Précis*, n. 1552 et *J. des soc.*, 1905, 344; note LÉVY-ULLMANN sous Bordeaux, 2 janv. 1900, *S.*, 1901. 2. 225; THALLER et PIC, *Des sociétés commerciales*, n. 6; HOUPIN et BOSVIEUX, n. 9; cf. PLANIOL, RIPERT et LEPARGNEUR, n. 983.
- (26) Trib. civ. Bourges, 8 mars 1888, *J. des soc.*, 1891, 252; trib. civ. Seine, 19 janv. 1927, *J. des soc.*, 1927, 282.
- (27) Paris, 20 mars 1924, précité.
- (28) Trib. civ. Marseille, 25 juill. 1928, précité.
- (29) Besançon, 11 déc. 1926, *J. des soc.* 1927, 279; voir *Rev. trim. de dr. civ.*, diss. PAUL PIC, 1906. 471.
- (30) Cass., 3 déc. 1889, *J. des soc.*, 1891, 306. Le 11 mars 1914, la Cour de cassation a jugé, toutes chambres réunies (D., 1914. I. 257), que la réalisation et le partage de bénéfices, qui servent à caractériser la société, s'entendaient seulement du gain pécuniaire et non pas d'un avantage quelconque.

certaines décisions des tribunaux. Ne sommes-nous pas en présence d'une difficulté de droit ?

Parmi ces décisions inquiétantes, nous n'omettrons de citer un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 21 avril 1926 qui n'a pas craint d'affirmer (31) : « Quel que
« soit le nom dont on puisse couvrir le groupement litigieux,
« les décisions de ce groupement ne peuvent avoir aucune va-
« leur juridique ». Comment ne pas être également impres-
sionné par le jugement du tribunal civil de Marseille du 25 juin 1928, précité, dont nous détachons l'attendu que voici :
« Tant qu'une loi spéciale ne sera pas intervenue, rendant les
« décisions de l'assemblée générale des obligataires opposa-
« bles aux absents, dissidents et incapables, un débiteur ne
« peut modifier ses engagements vis-à-vis de ses créanciers,
« touchant à l'existence même de la créance, que par une
« adhésion unanime à la remise de dette qu'il sollicite, le
« créancier n'étant tenu d'obéir à la loi de la majorité que
« dans deux cas bien déterminés : faillite ou liquidation judi-
« ciaire ». Certes, ces décisions sont rares, mais elles ont
ému, on le comprend bien, les conservateurs.

§ 3. — La facilité des fraudes

Ce qui les a fait réfléchir également, c'est la fréquence des manœuvres dolosives, dont ces groupements font l'objet. La fraude, dira-t-on, échappe au contrôle des conservateurs; ils n'ont point à s'en occuper, sauf le cas où elle serait mani-

(31) Voir trib. co. Seine, 21 avr. 1926, précité.

festé. Nous sommes d'accord. Il n'empêche que cela les incite à encore plus de prudence.

Mais ce qu'il y a de plus grave, ce sont les facilités des fraudes, lors des délibérations; tout cela aurait été évité, si l'on avait placé ces groupements dans le cadre de la société. Les règles de fond et de forme des assemblées sont laissées à la volonté des adhérents. Trop souvent, les statuts négligent complètement les questions concernant la convocation, la tenue, l'ordre du jour des assemblées, le nombre de voix dont disposeront les obligataires. Ainsi comment s'étonner qu'il y ait des convocations hâtives, des ordres du jour réticents, des majorités factices (32) ? Souvent on ne prévoit que des quorums insuffisants (33). Or, nous savons que les conservateurs ont le droit et le devoir de vérifier tout cela. Quelle attitude prendront-ils, si les statuts prévoient des mesures insuffisantes ? Un quorum, une majorité ridicules ne peuvent certainement pas donner qualité au gérant. Apprécier si les conditions auxquelles les assemblées ont délibéré sont sérieuses, est une difficulté de fait qui explique et justifie bien souvent leur résistance (34).

D'autre part, interpréter les conventions qui régissent les sociétés civiles d'obligataires et qui règlent leurs rapports avec les sociétés débitrices n'est pas tâche aisée. Ordinairement,

(32) Trib. co. Lyon, précité ; trib. civ. Seine, 27 juill. 1927, *J. des soc.*, 1929, 173.

(33) Trib. co. Seine, 21 avril 1926, précité. Il y avait dans cette espèce, comme d'ailleurs dans l'espèce soumise le 24 avril 1924 à la Cour de Paris, de tels pièges tendus aux obligataires naïfs que l'on s'explique que les juges aient été entraînés à une grande sévérité.

(34) V. sur ce point *J. des conservateurs*, 10776.

en cette matière, la mainlevée ne se présente pas comme un acte isolé, mais s'incorpore dans tout un système d'accords, dans un concordat. Il n'est pas rare qu'elle soit subordonnée à l'accomplissement de conditions, par exemple, à la destruction des obligations. Or, ce n'est pas au conservateur d'apprécier si la condition s'est réalisée ; les intentions plus ou moins secrètes des parties échappent à son contrôle. Tout cela peut, dans bien des cas, suffire à lui interdire de radier (35).

§ 4. — Les tribunaux exonèrent entièrement les conservateurs qui refusent la radiation

Si l'on ajoute à cela que, jusqu'ici, tous les jugements qui ont ordonné la radiation, en cette matière, se sont bien gardés de condamner les conservateurs aux dépens (36), on comprend fort bien pourquoi ceux-ci préfèrent le plus souvent faire ordonner la radiation par le tribunal. Ainsi, leur responsabilité est couverte, sans qu'il ne leur en coûte rien. Ils n'ont qu'à obéir à la décision judiciaire. Après quoi, ils sont (ce sont les termes mêmes des jugements) « bien et valablement déchargés ». En somme, c'est reconnaître, même lorsque le jugement ordonne la radiation, leur résistance fondée. On ne peut pas leur adresser le reproche de suivre les tribunaux, attendu que ceux-ci sont précisément les juges de leurs imprudences. Il est même arrivé que la jurisprudence ait formelle-

(35) V. *sup.*, p. 59 et s.

(36) Trib. civ. Seine, 5 mars 1925, *J. des conservateurs*, 9374 ; Dunkerque, 18 juin 1926, *J. des conservateurs*, 9849 ; Seine, 14 avril 1927, *J. des conservateurs*, 9850.

ment approuvé leur façon de faire; nous n'en voulons pour preuve que le jugement du tribunal civil de la Seine du 3 mai 1927 (37) qui estime que les scrupules du conservateur « trouvent leur justification dans l'article 2157 du Code civil et « dans l'état de la jurisprudence concernant la situation juridique des associations de la nature de celles dont il est question (les associations d'obligataires) ».

SECTION III. — LES CONSERVATEURS NE DOIVENT PLUS SE CANTONNER DANS UN REFUS SYSTÉMATIQUE

Nous nous sommes efforcés de mettre en valeur toutes les bonnes raisons qu'ils ont eues de s'abstenir. Est-ce à dire qu'ils doivent à l'avenir se cantonner dans un refus systématique ? Nous ne le pensons pas. L'émoi provoqué par certaines décisions qui sont apparues plus graves qu'elles ne l'étaient en réalité, a eu son temps. Les discussions se sont calmées, on commence à voir clair dans les décisions de jurisprudence, dont nous nous sommes attachés à dégager les tendances.

§ 1^{er}. — Ils ne peuvent plus fonder le refus de radier sur la nullité des groupements d'obligataires

C'est ainsi qu'à l'heure actuelle, il ne serait pas de mise de fonder le refus de radier sur la nullité des groupements

(37) *J. des conservateurs*, 9867. Nous ne pouvons qu'approuver pareille décision. A l'époque à laquelle elle a été rendue, en effet, la jurisprudence était fort divisée sur la nature et sur les pouvoirs des sociétés civiles d'obligataires.

d'obligataires ou quelque motif similaire (38). Ce n'est pas une raison parce qu'on les rejette du cadre de l'association, de la société ou du mandat pour conclure à leur inexistence comme l'ont fait certaines décisions, rares et déjà anciennes, il est vrai.

Est-il exact de dire, par exemple, avec le tribunal de commerce de la Seine (39) que « les décisions de ce groupe-
« ment ne peuvent avoir aucune valeur juridique », ou en-
core que, « tant qu'une loi n'aura pas donné à ces groupe-
« ments une vie légale, le tribunal ne pourra pas sanctionner
« leurs décisions, celles-ci ne reposant sur aucune base juri-
« dique sérieuse » ?

Observons premièrement qu'une loi, celle de 1919 sur le règlement transactionnel, a visé ces sortes de sociétés et les a ainsi implicitement reconnues. L'article 29 de cette loi dit ceci : « Les sociétés civiles d'obligataires exercent les pleins
« pouvoirs qu'elles tiennent des statuts, dans les formes pré-
« vues par lesdits statuts, en tant qu'ils ne sont pas contrai-
« res à la présente loi ; elles sont notamment soumises aux
« conditions de majorité exigées en ce qui concerne le règle-
« ment transactionnel ». Voilà qui est net et ne demande pas

(38) Voir notamment *J. des soc.*, 1924, 268 et D., 1928. 2. 57, les arrêts annotés par M. ESCARRA.

(39) Trib. co. Seine, 21 avril 1926, précité. On aurait tort d'attacher grande importance à cette décision. Elle est, en effet, isolée, reléguée à l'arrière-plan par une foule de décisions récentes et plus significatives ; d'autre part, elle n'a pas été rendue en matière de radiation ; enfin, la majorité prévue était manifestement insuffisante et cette constatation a dû peser tout particulièrement sur la décision du tribunal. Pour toutes ces raisons, une telle décision ne devrait plus inquiéter les conservateurs. Nous allons voir d'ailleurs que certaines de ses affirmations sont des plus contestables.

de commentaires. Nous disons même qu'aucune loi n'en eût-elle parlé, il n'en résulterait pas que les sociétés d'obligataires n'ont pas d'existence. De nos jours, ce n'est plus comme dans le droit romain non évolué, où les individus désirant traiter n'avaient le choix qu'entre un certain nombre de contrats règlementés. De nos jours, il n'est plus nécessaire d'utiliser, pour servir de moules aux accords, des contrats revêtus d'une étiquette. La qualification importe peu. Ne connaissons-nous pas d'autres contrats innomés ? Le contrat d'assurance, malgré des abus criants, était-il frappé de nullité, avant qu'une loi récente ne l'eût réglementé ? (40)

D'après le même jugement, il n'y aurait même pas un contrat *sui generis*. « Un contrat, pour innomé qu'il puisse
« être, dit-il, doit revêtir cependant une apparence de réalité
« que l'on ne rencontre pas dans le groupement désigné sous
« le vocable de « sociétés civiles ». Il est impossible de se
ranger à cet avis ; si une chose n'a jamais été contestée, c'est bien l'existence de ces groupements en fait. D'ailleurs, une contradiction apparaît dans ce jugement particulièrement sévère. Après avoir déclaré que le groupement d'obligataires n'a même pas une apparence de réalité, il prétend que ce n'est

(40) Voir notamment la dissertation de M. ESCARRA (D., 1928. 2. 57). Du fait, avons-nous dit, que les sociétés civiles d'obligataires ne rentraient pas dans les cadres utilisés, on a vu des décisions en proclamer la nullité. C'est contraire à nos principes, et notre auteur de s'étonner : « Comme si le droit ne se composait que de
« formules établies de toute éternité, susceptibles de contenir toutes
« les créations à venir de la techn.que ». Cf. D., 1903. 2. 297, note PERCEROU ; voir aussi Paris, 7 mai 1908, D., 1910. 2. 337. La question de la validité et des pouvoirs des ententes entre producteurs se pose sensiblement dans les mêmes termes.

qu'une loi qui peut lui insuffler la vie. Une loi ne pourrait donner vie à une création purement arbitraire, n'ayant aucun appui dans la réalité.

D'ailleurs, n'est-il pas étrange d'invoquer, comme motif pour refuser de radier, la nullité des sociétés civiles d'obligataires et d'exiger de la décision judiciaire condamnant à la radiation qu'elle reconnaisse, de façon formelle, la validité de la société dont s'agit (41) ? C'est en somme choisir une attitude, puis demander au tribunal de la contredire. A vrai dire, agir de la sorte, c'est présumer la fraude. Or cela est contraire au principe que la bonne foi n'a pas à être démontrée (C. civ., art. 2268).

Un très grand nombre de décisions proclament sans ambiguïté la validité des sociétés civiles d'obligataires, témoin un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 14 janvier 1927 (42). En note, M. Decugis dit notamment : « Il n'est
« nullement nécessaire pour la validité d'une convention
« qu'elle ait tous les caractères d'un contrat réglementé par
« nos codes ». D'ailleurs il ne fait que répéter ce que la
Chambre civile de la Cour de cassation, 40 ans plus tôt, dès 1889, disait en termes excellents : « Rien ne s'oppose à ce
« que les souscripteurs d'un emprunt émis sous la forme d'o-
« bligations au porteur ou nominatives s'associent, que, sans
« avoir à rechercher si cette association présente tous les ca-
« ractères d'une société civile proprement dite, l'acte qui l'a

(41) V. *J. des conservateurs*, 9849.

(42) *J. des soc.*, 1927, 289, note de M. DECUGIS.

« créée, confère tout au moins à son directeur le mandat de
« représenter ses associés dans les limites de l'intérêt général ». Etait-ce même la peine de le dire, puisque aussi bien
l'article 1134 du Code civil est formel : « Les conventions
« légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont
« faites ».

Il n'est que de lire les décisions du tribunal de la Seine du 5 mars 1925 (43) et du 14 avril 1927 (44), de la Cour de Paris du 30 mars 1928 (45), du tribunal civil de Dunkerque du 12 novembre 1926 (46), du tribunal de commerce de Sedan du 24 décembre 1928 (47), du tribunal de commerce de la Seine du 5 juillet 1927 (48), de la Cour de Lyon du 28 mars 1930 (49), du tribunal civil de Bordeaux du 2 novembre 1931 (50) pour s'en assurer. La plupart des décisions que nous venons de citer sont rendues précisément en matière de radiation. Dans les unes, la délibération est annulée parce que les statuts ont été outrepassés (51), sinon dans leur lettre, du moins dans leur esprit : c'est implicitement admettre leur force obligatoire, et partant, reconnaître la validité du groupement qu'ils régissent. D'autres se bornent à appliquer les statuts (52). Il en est qui affirment, sans ambiguïté, la validité

(43) *J. des conservateurs*, 9374.

(44) *J. des conservateurs*, 9850.

(45) *J. des soc.*, 1930, 558.

(46) *J. des soc.*, 1928, 230, note BOSVIEUX.

(47) *J. des conservateurs*, 10235.

(48) *J. des soc.*, n. 3548.

(49) *Rev. des soc.*, mai 1930.

(50) *J. des conservateurs*, 11061.

(51) Paris, 30 mars 1928, précité; Lyon, 28 mars 1930, précité.

(52) Trib. civ. Dunkerque, 12 nov. 1926, précité.

du groupement dont s'agit (53). La décision la plus récente que nous connaissions en matière de radiation (54), ne craint pas de porter une affirmation générale; c'est ainsi qu'elle déclare : « La validité des sociétés civiles d'obligataires paraît « aujourd'hui admise par la jurisprudence ». La jurisprudence tend (55), c'est incontestable, à se fixer et à adopter cette façon de voir qui nous semble la bonne. Du courant que nous avons signalé plus haut (v. *supra*, p. 179), et qui a été parfois jusqu'à dénier aux sociétés civiles d'obligataires capacité et existence, il n'est actuellement aucune trace. Or, les conservateurs doivent tenir compte de la jurisprudence du jour. Elle seule doit compter.

§ 2. — Les décisions des tribunaux ne varient-elles pas suivant que les obligataires ont ou n'ont pas tiré parti de la délibération incriminée ?

Les conservateurs pourraient présenter une autre objection. Ne semble-t-il pas, à lire un grand nombre de jugements, que leurs décisions varient selon que l'assemblée des obligataires a tiré profit ou non du marché conclu par elle avec la

(53) Trib. co. Seine, 5 juill. 1927, précité.

(54) Trib. civ. Bordeaux, 2 nov. 1931, précité.

(55) On ne manquera pas d'observer que jamais la doctrine n'a abdiqué les vrais principes. Elle a su parfaitement résister au courant qui a porté certains tribunaux à dénier toute existence juridique aux sociétés civiles d'obligataires. Par là, elle a eu sans doute une heureuse influence sur la jurisprudence qui a suivi (voir notamment la dissertation de M. BOSVIEUX à la suite de l'arrêt de la Cour de Paris, 20 mars 1924, précité; *J. des soc.*, 1924, 258 et s.; la note de M. ESCARRA à propos de ce même arrêt, *J. des soc.*, 1924, p. 268 et s. et la dissertation de M. MARAIS, *Ann. de dr. com.*, 1922, 124.

société (56) ? Or, pourraient dire les conservateurs, comment apprécierons-nous les bons ou mauvais effets d'un acte, la radiation qu'on nous demande d'accomplir ? En lui-même, il apparaît comme désavantageux. Cette façon de voir ne nous touche guère, car, de deux choses l'une : ou bien le groupement d'obligataires est une convention valable (57) ; dans ce cas, tous les actes passés selon ses clauses sont valables, sauf à faire la preuve d'une fraude ; ou bien il est nul dès le principe ; dans ce cas, les actes passés en vertu de la convention n'ont pas d'effet entre les parties et sont inopposables aux obligataires, sauf à ceux-ci à s'en prévaloir, s'ils en ont

(56) Voir notamment Besançon, 11 déc. 1926, précité (voir à ce sujet *Gaz. Pal.*, 1927. I. 392, la note). C'est bien en définitive ce que veut dire le *J. des conservateurs* à l'article 9830, quand il s'exprime ainsi : « La question de savoir si une société civile d'obligataires « a la capacité nécessaire pour donner mainlevée est, avant tout, « une question de fait ». C'est-à-dire qu'il faudra rechercher pour chaque espèce, si l'acte incriminé n'a pas causé de pertes à la société civile. Cela signifie également que la délibération attaquée ne sera opposable aux obligataires que si l'on ne remarque aucune fraude lors de la formation du contrat et dans les circonstances qui ont entouré le vote. Or, cela revient au même, car les tribunaux n'ont pas de peine à déceler des fraudes, même lorsque tout apparaît aussi régulier que possible ; en tout cas, ils peuvent toujours, à leur gré, exciper de la défectuosité de la représentation.

Les conservateurs ne peuvent pourtant pas, pour le motif qu'il peut y avoir des fraudes, se refuser à la radiation. Car alors ils ne radieraient jamais, tous les actes juridiques étant plus ou moins susceptibles d'être entachés de fraudes. C'est d'ailleurs un principe capital, en notre matière, que les conservateurs n'ont pas à s'inquiéter d'autre chose que de la qualité du requérant et que de la validité extérieure de l'acte qui en fait preuve et de l'acte qui exprime le consentement (*J. des conservateurs*, 10776).

(57) Cf. Lyon, 28 mars 1930. *Rev. des soc.*, mai 1930. Dans cette espèce, les obligataires originaires avaient renoncé à une partie de leurs droits. Non seulement cette renonciation n'était pas prévue aux statuts, mais encore on s'était efforcé d'obtenir une majorité artificielle. Ils ont, décide la cour, avec raison, une action en nullité, à la différence des acquéreurs d'obligataires subséquents, dont le titre portait mention des modifications critiquées. C'est tout simplement l'application du droit commun.

tiré profit (C. civ., art. 1372). Nous avons vu ce que cette notion a d'insuffisant (V. *supra*, p. 178); nous avons montré également que les sociétés civiles d'obligataires existaient bien en fait (58); la doctrine et la jurisprudence, tout incertaines qu'elles soient sur la nature du lien, tombent, comme nous l'avons observé, généralement d'accord pour déclarer qu'il y a un contrat. Ce n'est pas en effet parce qu'il y a des fraudes qu'il faut se cantonner sur un terrain aussi étroit que celui de la gestion d'affaires; et d'ailleurs nous répéterons que ce serait présupposer la nullité des sociétés civiles d'obligataires.

« On a vu, remarque fort justement M. Escarra, de multiples exemples d'actionnaires qui ne lisent pas les statuts ou les comprennent mal, et s'estiment ensuite lésés; on a vu aussi des assemblées générales parfaitement légales en apparence, mais qui sont, en fait, dans la main de prête-noms. Cela ne peut pourtant conduire à demander la suppression des sociétés par actions, sous prétexte qu'elles offrent des facilités pour les fraudeurs » (59).

(58) Cf. *J. des conservateurs*, 9671, la dissertation pleine d'intérêt de M. NÉGRIÉ.

(59) *J. des soc.*, 1924, 268; voir une note du même auteur. D., 1928, 2. 57; il dit notamment : « Le droit commercial est imprégné du principe que la volonté est toute puissante tant qu'elle ne se heurte pas à des dispositions d'ordre public... Et la fraude, l'abus du droit ou le détournement de pouvoirs demeurent, nous l'avons dit, les seules frontières de son empire ». Voir aussi HAMEL, *Les sociétés civiles d'obligataires, chronique au D. H.*, 1927, p. 33, ainsi que les observations de M. MAURICE PICARD, *Recueil juridique des sociétés*, 1928, p. 250.

§ 3. — Les sociétés civiles d'obligataires et la personnalité morale

On a soulevé une autre objection. On a prétendu que les sociétés civiles d'obligataires étaient privées de la personnalité morale et qu'en conséquence elles ne pouvaient requérir la radiation. Pour qu'elles en aient le bénéfice, il serait indispensable qu'elles se soumissent, en tant qu'association (60), au régime instauré par la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations, c'est-à-dire qu'elles remplissent la formalité de la déclaration. Ou bien encore, il faudrait qu'une loi leur accordât le bénéfice de cette personnalité (61).

Tel n'est pas notre avis. Nous noterons d'abord que la formalité de la déclaration a été instituée dans un but d'hostilité aux associations. Les associations n'ont pas habituellement en vue un but pécuniaire et l'on craint qu'elles ne déploient leur activité dans un but politique. Or, les groupements d'obligataires n'ont aucune tendance politique; ils ne recherchent que des avantages pécuniaires et ne poursuivent qu'un but privé. La formalité de la déclaration ne s'explique donc plus. D'autre part, cette formalité est d'ordre public, et en conséquence, les tribunaux doivent la suppléer d'office; agir différemment reviendrait à reconnaître qu'en la matière elle n'a pas à être observée. Or, dans leurs décisions les plus

(60) Besançon, 11 décembre 1926, précité; trib. co. Lyon, 24 avril 1928, *Gaz. jud. et comm.*, Lyon, 16 août 1928; Paris, 20 mars 1924 précité; *J. des conservateurs*, 9868.

(61) Trib. co. Seine, 21 avril 1926, précité; trib. civ. Marseille, 24 juillet 1928, précité.

récentes, ils ne tiennent pas du tout compte de l'absence de déclaration (62).

Nous allons plus loin. Même en admettant que la déclaration soit nécessaire pour l'obtention de la personnalité, il ne s'ensuit pas que le groupement non déclaré ne puisse valablement donner mainlevée. C'est l'opinion que M. Bosvieux a si bien présentée dans le *Journal des sociétés* (63). Cet article très étudié a paru, observons-le, au moment où un courant se dessinait dans la jurisprudence, particulièrement hostile aux sociétés civiles d'obligataires. Il écrit notamment : « Le
« plus souvent (et sous réserve du cas où il a été conféré aux
« obligataires une sûreté particulière, telle qu'un gage ou une
« hypothèque, qu'elles pourront être amenées à invoquer vis-
« à-vis des tiers), les associations d'obligataires n'ont que
« faire de la personnalité juridique. Elles n'entrent en rap-
« port qu'avec la société émettrice, n'ont à traiter qu'avec
« elle, n'aspirent à posséder aucun patrimoine propre et ne
« poursuivent la reconnaissance d'aucun droit collectif. Si
« une convention intervient soit à leur demande, soit sur la
« proposition de la société, le bénéfice ou la charge s'en

(62) Voir notamment trib. civ. Bordeaux, 2 nov. 1931, précité; voir aussi *inf.*, p. 207 et suivantes.

(63) *J. des soc.*, 1924, 262; *contra*, *J. des conservateurs*, 10776 où l'on émet cette idée que pour donner une mainlevée sans paiement, la simple déclaration de l'association ne suffirait point, et qu'il faudrait qu'elle soit reconnue d'utilité publique; la formalité de la reconnaissance d'utilité publique est du même ordre que celle de la déclaration, mais d'un degré au-dessus. Dès lors, rien d'étonnant qu'ayant exigé la déclaration pour la mainlevée suivie de paiement, on en vienne à se demander, s'il ne faut pas la reconnaissance d'utilité publique pour la mainlevée sans paiement. Voilà qui ne nous engage pas à abandonner le point de vue auquel nous nous plaçons.

« transmet et se communique directement à leurs membres;
« aussi, dans la plupart des cas n'aperçoit-on pas la néces-
« sité, puisque leur rôle se borne à la centralisation et à la
« mise en œuvre des droits dont l'exercice leur est confié,
« d'interposer entre elles et leurs adhérents l'écran fragile de
« la personnalité civile... En définitive, le fonctionnement nor-
« mal de la majorité des associations d'obligataires n'impli-
« que nullement leur déclaration préalable en conformité de
« la loi de 1901 ».

S'il est un acte, comme le remarque fort justement M. Bosvieux, pour lequel il faut posséder la personnalité morale, c'est bien la constitution d'hypothèque, parce que l'hypothèque confère un droit de préférence à l'encontre des tiers. La mainlevée au contraire, qui est une renonciation pure et simple, loin de porter préjudice aux tiers, leur procure un avantage évident. Or, même pour la constitution d'hypothèque, il n'a jamais été question d'exiger la formalité de la déclaration (64). Le même auteur écrit encore, en termes tout à fait catégoriques, dans le *Journal des sociétés* (65) : « Ces so-
« ciétés créent du moins, entre leurs membres, des liens con-
« tractuels suffisamment forts pour permettre au représen-
« tant de la collectivité, au cas où il s'agit d'obligations hypo-
« thécaires, et si les statuts le lui permettent, d'accepter l'hy-

(64) Trib. civ. Bourges, 8 mars 1888, *J. des soc.*, 1891, 252 ; cass., 3 déc. 1889, *J. des soc.*, 1928, 230.

(65) *J. des soc.*, 1928, 232 et 1927, 293.

« pothèque, et, par voie de conséquence, donner mainlevée (66) ».

D'autre part, s'il est certain qu'aucune loi ne leur a conféré la personnalité, il reste non moins douteux que la jurisprudence les reconnaît sous le vocable de sociétés civiles d'obligataires. Est-ce à dire qu'elle les range dans le cadre des sociétés ? Les décisions récentes ne discutent pas cette question. Nous retiendrons également qu'elles ne leur dénie pas non plus la qualité de personnes morales.

§ 4. — La majorité peut-elle lier la minorité ?

De cette objection nous rapprocherons celle émise par les décisions du tribunal de commerce de la Seine du 21 avril 1926 et du tribunal civil de Marseille du 24 juillet 1928, pré-

(66) C'est dans le même sens que se déclare M. HAMEL (*D. H.*, 1927, *chronique*, p. 35) : « Il est vrai, dit l'éminent professeur, que cette « personnalité morale n'est pas toujours nécessaire aux sociétés « d'obligataires. Le plus souvent, il leur suffira d'invoquer le mandat collectif donné à leurs administrateurs pour que ceux-ci puissent les représenter ; et s'il s'agit d'imposer à ces administrateurs le respect des décisions prises par la majorité d'une assemblée, il suffira à cette majorité de rappeler l'engagement qui dérive du contrat d'association indépendamment de la personnalité morale ».

Ainsi pense M. Decugis (*J. des soc.*, 1927, 292 et s.). Cf. WAHL, *J. des soc.*, 1898, 291, 1905, 387.

Quant à la règle, « nul en France ne plaide par procureur », nous savons qu'elle peut être écartée par une simple renonciation de la société emprunteuse (voir art. précités, ainsi que cass. req., 13 nov. 1895, *D.*, 1896. I. 244). « Ainsi », déclare M. Ramadier, dans son rapport fait au nom de la Commission de législation civile et criminelle sur le projet de loi relatif à la protection des obligataires (*J. des soc.*, 1932, 684), « se trouve résolu à la fois le problème pratique de l'action en justice et celui que posait la discussion sur la nature juridique du groupement. Peu importe, dès lors, que le groupement soit société ou association, qu'il ait été ou non déclaré, qu'on lui reconnaisse ou non la personnalité morale. Ce n'est pas le groupement qui agit en justice ; ce sera l'administrateur personnellement investi d'un mandat de représentation judiciaire ».

citées, d'après laquelle la majorité ne peut lier la minorité que dans le cas de faillite ou de liquidation judiciaire. Par contrat, répliquons-nous, il est permis de convenir, et, pour la bonne marche des affaires, cela est souhaitable, que la minorité sera liée par le vote de la majorité (67). C'est précisément ce qui constitue la différence essentielle entre l'indivision et le contrat. Faillite et liquidation judiciaire sont les deux seuls cas où, en dehors de tout contrat, n'oublions pas d'ajouter, la minorité doit s'incliner devant la volonté exprimée par la majorité.

C'est pourquoi nous ne pouvons pas souscrire à l'opinion de MM. Jacquet et Vétillard (68) quand ils soutiennent que « la mainlevée volontaire n'est possible que lorsqu'une
« assemblée générale, convoquée spécialement à l'effet d'au-
« toriser la mainlevée, aura groupé la totalité du capital-obli-
« gations et voté à l'unanimité la résolution en vue de laquelle
« elle est réunie ».

Dans ce même ouvrage, il est recommandé aux conservateurs « de ne pas perdre de vue que dans ce système la con-
« vention n'est opposable qu'à ceux qui y ont concouru en
« personne ou par mandataire ; elle est sans effet à l'égard de
« tous les autres. Tel est le cas des souscripteurs restés étran-

(67) Il n'y a rien là que de très licite. En effet, la clause de majorité n'est ni contraire à l'ordre public, ni contraire aux bonnes mœurs (C. civ., art. 1101 et suivants). Nous dirons même que son insertion dans les statuts est nécessaire au fonctionnement de la société. Voir note ECARRA précitée ; voir également note DECUGIS, *J. des soc.*, 1927, 290 et s., ainsi que Paris, 24 juin 1922, D., 1924. 2. 89, note CHÉRON.

(68) JACQUET et VÉTILLARD, suppl., p. 39 ; voir dans le même sens. *J. des conservateurs*, 10776.

« gers à la formation du groupement, et qui n'ont en général
« connaissance du contrat intervenu entre la société débitrice
« et la société civile que lors de la remise et par les énoncia-
« tions de ce titre (69) ». Par ce « système » on veut dire le
mandat, aux règles duquel on réduit la société civile d'obligataires.
En ce sens opinent formellement la Cour de Paris dans
son arrêt précité du 20 mars 1924 et la Cour de cassation dans
son arrêt du 17 juillet 1929 (70).

Remarquons tout d'abord que la jurisprudence, en majorité, ne se prononce pas pour ce système. D'une part, elle emploie le plus souvent, pour qualifier le groupement, le terme de société civile et, pour indiquer le contrat qui régit les rapports de ses membres, le terme de statut (71). D'autre part, la plupart des décisions, ou bien évitent de se prononcer, ou bien font allusion aux contrats de société ou d'association, mais point au contrat de mandat. Or, ne pas discuter la validité des sociétés civiles revient à rejeter le critère de mandat. De même ne pas faire allusion au mandat, c'est reconnaître implicitement l'existence et la validité des sociétés civiles d'obligataires qui, il faut bien le dire, apparaissent bien valables en fait. Le tribunal de civil de Bordeaux (72) n'a-t-il pas d'ailleurs déclaré que « la validité des sociétés civiles d'obligataires paraît aujourd'hui admise par la jurisprudence ? »

(69) *Ibid.*, voir également *J. des conservateurs*, 10776.

(70) *Revue des soc.*, 1929, 412.

(71) V. les décisions précitées, p. 237 et les décisions analysées, p. 207 et suivantes.

(72) Trib. civ. Bordeaux, 2 nov. 1931, précité.

M. Bosvieux fait fort justement remarquer (73) que
« les obligataires, lorsqu'ils se groupent en association, n'en-
« tendent aucunement se dessaisir de leurs droits ou d'une
« partie de leurs droits au profit de mandataires investis de
« pouvoirs innommables dont ceux-ci risqueraient d'abuser.
« Ils désirent se réserver sinon l'initiative des décisions à
« prendre, du moins le soin de les examiner et, après qu'ils
« se seront concertés, de les rendre définitives à l'égard de
« la collectivité ».

Ainsi, en examinant la jurisprudence et en raisonnant sur les principes, on s'aperçoit de l'insuffisance de cette notion de mandat. Mais même en s'en tenant à cette notion, il nous est impossible de suivre MM. Jacquet et Vétillard. En effet, ces auteurs sont d'avis (74) que, pour être opposée aux souscripteurs, il ne suffit pas que les clauses de la convention soient portées sur les titres et les prospectus; il faut, disent-ils, que les souscripteurs aient concouru en personne (v. *supra* p. 182). Telle semble être également la façon de voir de la Cour de Paris; dans son arrêt fameux du 20 mars 1924, précité, elle ne craignait pas de proclamer « la nécessité du consentement personnel de chaque obligataire (75) ».

(73) *J. des soc.*, 1924, 264. Pour cet auteur, la société d'obligataires serait une association (v. en ce sens trib. civ. Domfront, 5 décembre 1930, *J. des conservateurs*, 10776).

(74) JACQUET et VÉTILLARD, suppl., p. 39.

(75) Le *Journal des conservateurs* critique la décision du tribunal civil de Domfront du 5 décembre 1930 (*J. des conservateurs*, 10776); il prétend, à l'encontre du tribunal, que chaque obligataire, doit, en personne, donner son consentement; en somme, cela aboutit à

Or, il est pratiquement impossible que tous les obligataires traitent en personne. Lorsqu'un contrat est appelé à régir un très grand nombre d'individus, on ne peut les faire débattre chacun en particulier les conditions de l'accord. Un petit nombre d'entre eux se groupent et établissent les clauses qui sont portées à la connaissance du public désireux de souscrire. La souscription emporte l'adhésion à toutes ces clauses, du moment que les titres les énoncent en termes suffisamment clairs (76). De tels contrats sont dits contrats d'adhésion ou, si on aime mieux, contrats par adhésion (76 bis). En notre matière, c'est ainsi que les conventions se forment, et il ne peut en être autrement. Exiger le concours personnel de tous les

exiger qu'il y ait autant de contrats particuliers que d'obligataires. A l'appui de sa thèse, il allègue l'arrêt de la Cour de Paris susvisé. Cet arrêt, il est vrai, la corrobore. Il invoque aussi la décision du tribunal de la Seine du 3 mai 1927 (*J. des conservateurs*, 9867). Ce jugement ne lui est pas nettement favorable; en effet, dans l'espèce dont s'agit, la souscription s'était ouverte le jour même de la constitution de l'association. Dès lors, il était probable qu'un bon nombre d'obligataires n'avaient pas, nous ne disons pas, concouru en personne, mais, tout simplement, traité en connaissance de cause (v. *sup.*, p. 182).

- (76) Même dans ce cas, il se peut que le consentement du souscripteur ne soit pas éclairé, soit qu'il néglige de lire les clauses, soit qu'il ne les comprenne pas, soit qu'il se trompe sur leur sens. Mais croit-on que, lorsque deux contractants traitent directement, ils s'entendent toujours parfaitement et apprécient toujours exactement les conséquences de leurs engagements ?

Au reste, si les clauses ne sont pas très lisibles et si elles prêtent à confusion, au nom de la bonne foi, les tribunaux auront le droit d'annuler la souscription. C'est ce qui a eu lieu assez souvent dans les contrats d'assurance. Par là, ils ne font du reste qu'appliquer les excellentes règles d'interprétation des conventions, écrites dans les articles du Code civil 1156 et suivants. Voir, en ce sens, les notes précitées de MM. ESCARRA, DECUGIS, HAMEL, MARAIS et LECOMPTE.

- (76 bis) Voir sur ce sujet la dissertation de M. DEREUX « *Nature juridique des contrats d'adhésion* » (*Revue tr. de dr. civ.*, année 1910, p. 503 et s.), et la dissertation de M. PERREAU « *Clauses manuscrites et clauses imprimées* » (même revue, année 1927, p. 449 et s.).

membres, cela aboutirait tout simplement à interdire le groupement.

D'ailleurs, il serait vain d'espérer ainsi bannir à tout jamais la surprise. La pression du gros contractant sur le petit serait même d'autant plus forte qu'ils seraient plus près l'un de l'autre. A la différence de ce qui se passe dans les contrats d'adhésion, l'emprise de la partie maîtresse des conditions de l'accord serait même le plus souvent sans appel, car il ne resterait le plus souvent aucune trace des embûches ou même, tout simplement, des habiles tromperies, dont elle aurait su user.

En second lieu, il ne faudrait point faire dire au Code civil plus qu'il ne dit (77). Exige-t-il autre chose qu'un consentement libre et éclairé ? Non. Eh bien cela doit suffire. Au surplus, par liberté du consentement, il faut entendre non la liberté économique, mais seulement la liberté juridique ; il suffit qu'il ait été donné par un être capable, en pleine connaissance de cause (78).

§ 5. — Analyse des principaux jugements rendus en matière de radiation

Bref, lorsque tout apparaît régulier, que les conditions de validité sont remplies, que le quorum et la majorité prévus aux statuts ont été réunis, que la convention, le mandat et l'acte de mainlevée lui-même sont passés par-devant notaire, les conservateurs, nous semble-t-il, pourraient, à l'heure ac-

(77) Code civil, art. 1101. et s.

(78) V. le remarquable ouvrage de M. le professeur RIPERT « *La règle morale dans les obligations* », 2^e édit., n. 55 et suiv.

tuelle, où l'ardeur des discussions s'apaise et où l'émotion provoquée par certaines décisions se calme, obtempérer à la réquisition de radiation, sans que leur responsabilité n'en soit aggravée (79).

La radiation des inscriptions hypothécaires profitant aux sociétés civiles d'obligataires a, les conservateurs craignant de prendre en cette matière quelque initiative, donné lieu à plusieurs décisions judiciaires. Avec quelques autres vraiment caractéristiques, les voici, dans leur ordre chronologique, brièvement analysées.

C'est d'abord la décision du tribunal civil de la Seine du 5 mars 1925, précitée. En l'espèce, mainlevée sans paiement et concordat avaient été formellement autorisés par les statuts notariés; moyennant paiement, les obligataires renonçaient à tous les intérêts arriérés. Or, un obligataire s'étant opposé à la radiation requise en vertu d'une délibération de l'assemblée votant mainlevée et concordat, le tribunal ordonna au conservateur de passer outre, « attendu que cette « décision prise en conformité des statuts ne pourrait être « critiquée que s'il était prouvé qu'elle était prise en fraude « des droits des obligataires ».

Une décision particulièrement intéressante est celle rendue le 12 novembre 1926 par le tribunal civil de Dunkerque (80). Dans cette affaire, la société civile d'obligataires

(79) Les auteurs ne laissent pas d'être fort nets, V. art. de M. LECOMPTE précité, ainsi que les observations de M. BOSVIEUX, en note sous le jugement du tribunal civil de Dunkerque, précité.

(80) Précité.

avait pris toutes les précautions désirables. A l'origine, toutes les obligations avaient été souscrites par un petit groupe d'individus; ils avaient dressé des statuts complets et précis, donné mandat à l'un des leurs, pris une hypothèque et enfin consenti mainlevée; tous ces actes avaient été passés devant notaire. Le conservateur, effrayé par les décisions qui venaient d'être rendues, notamment par celle du 20 mars 1924 (81), refusa de radier. Le jugement constate que tout est régulier par l'attendu suivant qui, à notre avis, met, sous les yeux des conservateurs, toutes les conditions après vérification desquelles ils devraient effectuer la radiation dans l'avenir. « Attendu qu'aux termes de l'article 4 des statuts, « M. Nosten a été investi de tous droits et pouvoirs nécessaires pour, dans l'intérêt et au nom de tous les souscripteurs, « propriétaires et porteurs d'obligations constitués en société « par ledit acte, accepter l'hypothèque qui devait être conférée sur les immeubles dépendant de la compagnie immobilière de Dunkerque, donner mainlevée de ces inscriptions « et connaître tous désistements et radiations, lorsqu'il aurait « été justifié à l'administrateur, du remboursement des obligations, faire ces mainlevées purement et simplement, sans « qu'il soit besoin de constater le paiement ou remboursement par acte authentique ou autrement, la justification « des paiements ou remboursements n'étant nécessaire que « de la part de la société débitrice vis-à-vis de l'administrateur, de la manière que celui-ci jugerait convenable, et, en

(81) Précité, *J. des conservateurs*, 9849.

« aucune façon, vis-à-vis des conservateurs des hypothèques
« chargés d'opérer les radiations, lesquelles devront être fai-
« tes dans les termes des mainlevées consenties purement et
« simplement par l'administrateur, sans qu'il puisse y être mis
« obstacle par quoi que ce soit...; cette condition n'a pour
« but que de dégager la responsabilité de l'administrateur vis-
« à-vis des obligataires, sans qu'il soit nécessaire d'en justi-
« fier près du conservateur des hypothèques pour obtenir les
« mainlevées et radiations, ainsi qu'il est dit ci-dessus ».

Le tribunal, constatation faite que tout était régulier, ne se contenta pas d'ordonner présentement la radiation. Il déclara que le conservateur devrait consentir pour l'avenir mainlevée dans les conditions prescrites par les statuts.

Du jugement du tribunal de la Seine du 17 avril 1927, précité, il nous suffit de détacher un motif tout à fait caractéristique : « Attendu que tous les obligataires se trouvent ainsi
« liés par les statuts de cette société, que, quelque puisse être
« le caractère légal d'une société civile d'obligataires, le grou-
« pement, qui apparaît sous forme d'une union pour la dé-
« fense mutuelle d'intérêts communs, créée entre les adhérents
« des rapports conventionnels qui font la loi des parties, que
« la convention peut valablement stipuler la représentation de
« tous les adhérents par l'intermédiaire d'un gérant, choisi
« comme mandataire commun et accepté par les obligataires
« qui sont porteurs de titres, et ont eu connaissance des sta-
« tuts; qu'aucune disposition légale n'a interdit aux porteurs
« d'obligations de se grouper et de stipuler qu'ils délibè-
« rent en commun sur les questions d'intérêt commun et que

« les décisions prises à la majorité lieront toutes les parties ». Voilà qui est clair et catégorique. N'est-ce pas une belle application de l'article 1134 du Code civil ?

Prenons au contraire un jugement qui déboute le demandeur ; la décision émane du tribunal civil de la Seine (82). Il s'agit d'une association d'obligataires dont les statuts avaient été reçus par notaire le 30 mai 1922. Elle avait émis ses bons en trois tranches successives, la première, le jour même où le notaire avait reçu les statuts. Ayant écarté le cadre de la société ou de l'association, le tribunal se pose la question que voici : Y a-t-il eu mandat ? Ou, en d'autres termes, est-ce que les souscripteurs ont pu consentir aux clauses des statuts, notamment à la nomination du gérant et aux pouvoirs à lui conférés de donner mainlevée ? Si c'est chose possible pour les souscripteurs des deux dernières tranches, qui ont acheté leurs titres postérieurement au dépôt des statuts et qui ont dû traiter en connaissance de cause, « semblable supposition ne
« saurait avoir lieu en ce qui concerne les souscripteurs des
« bons dont la création coïncide avec la constitution de l'as-
« sociation ; qu'il conviendrait à leur égard d'établir, par des
« justifications formelles et précises, qu'ils ont, sans en ex-
« cepter aucun, sinon participé à cette constitution, au moins
« adhéré postérieurement, sans réserve, à l'association ». C'est encore l'application des principes que nous avons dégagés. Le mandataire n'a pas qualité, car on ne justifie pas

(82) Trib. civ. Seine, 3 mai 1927, *J. des conservateurs*, 9867.

qu'il tient ses pouvoirs de l'unanimité des obligataires, la clause de majorité n'étant pas inscrite dans les statuts.

C'est dans le même sens que se prononce la dernière décision rendue en la matière (83). Il s'agit toujours d'une mainlevée consentie par l'association des obligataires à la société débitrice. Le jugement, après constatation faite que les statuts ont été régulièrement reçus par notaire et que tous pouvoirs ont été par eux donnés aux délégués, notamment celui de consentir mainlevée, déclare la mainlevée valable et ordonne en conséquence au conservateur de procéder à la radiation. Sans être moins affirmatifs, c'est dans le même sens que se prononcent les décisions récentes du tribunal de commerce de Sedan (84), en date du 24 décembre 1928, et du tribunal civil de Bordeaux, en date du 26 mai 1931 (85).

§ 6. — Conclusion pratique

En résumé, la question de la validité des associations civiles d'obligataires peut être considérée comme tranchée par l'affirmative. Les rapports des obligataires entre eux et avec les tiers sont régis par un contrat d'adhésion non réglementé, mais sans aucun doute valable. Ainsi, la lumière s'est faite peu

(83) Trib. civ. Bordeaux, 2 nov. 1931, précité.

(84) *J. des conservateurs*, 10235.

(85) *J. des conservateurs*, 10873. Nous ferons observer que les groupements d'obligataires qui, d'après les décisions que nous venons d'analyser, sont ou des contrats *sui generis* ou des associations auxquelles la mainlevée est permise, même si elles ne se sont point soumises à la formalité de la déclaration, ont intérêt, pour éviter toute contestation, à faire le nécessaire afin de profiter de tous les avantages de la loi de 1901. Un jugement assez récent (trib. Domfront, 5 déc. 1930, précité) paraît d'ailleurs subordonner la capacité pour consentir mainlevée à la déclaration.

à peu dans cette question que les fraudes ont élevé au rang d'une vive controverse. Nous nous sommes efforcés de marquer l'orientation de la jurisprudence, qui fait tout simplement à ce contrat innomé l'application des grands principes du Code (86).

Qu'il prévienne l'autorisation d'une mainlevée par l'assemblée des obligataires, délibérant à la majorité, cela ne nous étonne plus. Qu'il soit parfois l'objet de fraudes et en conséquence annulé, on n'en est plus surpris.

Aussi nous semble-t-il que si tout est régulier, rien ne s'oppose à la radiation.

Cette régularité sera attestée par le notaire (87), au concours duquel on fera appel pour constituer le groupement, pour donner mandat et pour consentir mainlevée. Alors, le conservateur radierait sans danger. Nous avons relevé toutes les décisions rendues en matière de radiation. C'est à cette conclusion pratique que leur analyse nous a conduits.

(86) Voir notamment à ce propos la note de M. DECUGIS (*J. des soc.*, 1927, 288 et suivantes), ainsi que l'étude remarquable de ce même auteur sur l'abus du droit (*J. des soc.*, 1925, 485). Cf. D., 1910. 2. 337.

(87) Nous sommes ici sur le terrain des grands principes de la radiation (C. civ., art. 2158). MM. JACQUET et VÉTILLARD n'oublient pas de le rappeler (suppl., p. 39, *in fine*) : « Les groupement d'obligataires, « observent-ils, quelle que soit l'interprétation appelée à prévaloir, « ne peuvent être considérés comme commerciaux, et en conséquence, la loi du 1^{er} août 1893 ne leur étant pas applicable, la « délibération autorisant la mainlevée de même que la qualité et les « pouvoirs du représentant de l'association doivent toujours être « constatés en la forme authentique ». Sinon, le refus du conservateur est justifié ; voilà pourquoi nous sommes d'avis que le refus du conservateur de Domfront (V. trib. Domfront, précité) était parfaitement fondé : en effet, il n'est pas dit dans le jugement que les administrateurs étaient porteurs des pouvoirs authentiques. V. *J. des soc.*, 1932, 691, le rapport fait par M. RAMADIER, député, précité.

CHAPITRE VIII

La radiation des inscriptions des sociétés en liquidation

SECTION I. — CAUSES DE DISSOLUTION

Bien des observations que nous avons présentées, trouveraient leur place dans ce bref chapitre consacré à la radiation des sociétés en dissolution.

Examinons d'abord les causes de dissolution. Il y en a de communes à toutes les sociétés : ce sont l'extinction de la chose et la consommation de la négociation (C. civ., art. 1865). Il en est de spéciales aux sociétés à durée limitée (1), telles l'arrivée du terme, la convention unanime des associés ; pour les sociétés anonymes, il suffit d'une décision de l'assemblée générale, prise à la majorité des deux tiers des voix représentant les trois quarts du capital social (2) ; il convient d'ajouter à ces causes de dissolution la dissolution pour justes motifs (C. civ., art. 1871 (3) ; c'est le cas par exemple du

(1) LYON-CAEN et RENAULT, II, n. 301.

(2) JACQUET et VÉTILLARD, p. 682.

(3) Cf. cass. req., 10 mai 1926. D., 1927. 1. 133, note CHÉRON. Voir également CAEN, 11 avril 1927, D., 1928. 2. 65, note LEPARGNEUR. Il ressort de cet arrêt et de cette note que les tribunaux ont la possibilité, au lieu de prononcer la dissolution de la société, de se contenter d'exclure l'associé qui a failli à ses engagements. Ce faisant, ils se basent non sur l'article 1871, mais sur l'article 1184 du Code civil : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement... »

manquement par un des associés à ses engagements. Quant aux sociétés à durée illimitée, elles peuvent être dissoutes par la volonté d'une des parties. « Elle s'opère, dit l'article 1869, « par une renonciation notifiée à tous les associés, pourvu « que cette renonciation soit de bonne foi et non faite à con- « tretemps ».

Nous connaissons les causes de dissolution spéciales aux sociétés par intérêt (4) : elles tiennent à *l'intuitus personae* : ce sont la mort d'un des associés, l'interdiction légale ou judiciaire, la survenance de la faillite ou de la déconfiture ; on prévoit d'ailleurs généralement dans les statuts que, malgré la survenance d'un de ces événements, la société continuera soit avec les héritiers de l'associé qui disparaît, soit sans les héritiers.

SECTION II. — LE LIQUIDATEUR

La dissolution prononcée, il y a lieu d'effectuer le règlement de toutes les affaires en cours, le paiement des créanciers, la rentrée des créances, la réalisation de l'actif, la distribution aux associés de la part qui leur revient ; c'est ce qu'on appelle la liquidation (5), période d'activité fiévreuse, au cours de laquelle actes matériels et surtout juridiques se multiplient ; dans leur nombre, il peut y avoir des mainlevées.

Il convient toujours de se demander qui aura les pouvoirs pour les consentir.

(4) Code civil, art. 1865.

(5) HOUPIN et BOSVIEUX, I, n. 275 et s.

A cette question nous répondrons comme nous l'avons fait précédemment. Le pouvoir de donner mainlevée appartient au représentant que l'on appelle liquidateur. Il agit au nom de la société dissoute qui survit comme personne morale, en vertu d'une fiction (6), jusqu'à la clôture des opérations. Le représentant, le liquidateur, étranger ou associé, est désigné (7), soit nommément par les statuts eux-mêmes (8), soit selon le mode prévu par les statuts, sinon, à l'unanimité; en cas de désaccord, ce droit est reconnu aux tribunaux (9); le jugement est contentieux, et les tiers, le conservateur notamment, doivent exiger qu'il soit définitif (10). Cette nomination incombe encore aux tribunaux lorsqu'ils ont procédé eux-mêmes à la dissolution de la société (11). Sa révocation est soumise à des règles différentes, suivant que sa nomination est incluse ou non dans les statuts, ou qu'elle émane d'une décision judiciaire. Dans le premier cas, s'il commet une infidélité et qu'il ne consent à partir, on n'a que la ressource de se pourvoir devant les tribunaux qui apprécieront (12). Dans le second ainsi que dans le troisième, on suit même règle que pour la nomination (13).

(6) Cass., 27 juill. 1863, D., 63, 1, 460; 24 mai 1892, S., 92, 1, 469; LYON-CAEN et RENAULT, II, n. 366. Si l'on n'avait pas imaginé ce procédé, la dissolution ayant mis fin au contrat, on considérerait les anciens associés comme de simples indivisaires; chacun ne pourrait donner mainlevée que pour sa part (V. BOULANGER, n. 259, p. 460).

(7) Nous savons que le conservateur a à vérifier la régularité de la nomination des gérants; il en est de même des pouvoirs des liquidateurs.

(8) LYON-CAEN et RENAULT, II, n. 368.

(9) HOUPIN et BOSVIEUX, I, n. 279.

(10) JACQUET et VÉTILLARD, p. 700.

(11) R. P. D., Soc., n. 1237.

(12) V. cass. req., 29 mars 1904, D., 1905. 1. 193, note PERCEROU.

SECTION III. — LES POUVOIRS

L'étendue de ses pouvoirs est déterminée par les statuts (14), par la délibération qui l'a nommé ou encore par le jugement. S'ils ne sont pas suffisamment détaillés et explicites, on recourt à l'idée de but ; il n'y a pas lieu pour les définir de se hasarder à chercher des analogies problématiques entre son sort et celui du syndic ou de l'héritier bénéficiaire (15). Il est nommé pour aboutir à une liquidation avantageuse de la société ; sauf stipulations restrictives, il doit en avoir les moyens : il doit pouvoir continuer les affaires en cours, faire rentrer ce qui est dû, réaliser l'actif, payer les créanciers et distribuer leur part aux associés.

Attributions très étendues évidemment, qui peuvent comprendre, dans certains cas tout au moins, le droit de compromettre et transiger (16), actes importants, mais courants en période de liquidation. Quant à la vente globale, elle présente des dangers plus graves ; aussi, sauf, bien entendu, clause contraire des statuts, le liquidateur ne peut seul y consentir (17).

Quid d'une mainlevée sans paiement ? Pas de difficulté si les statuts prévoient le cas. Sinon, il est recommandé en pratique aux conservateurs de refuser la radiation (18). Nous pensons au contraire qu'une distinction est nécessaire ; si la

(13) HOUPIN et BOSVIEUX, I, n. 279.

(14) THALLER et PIC, n. 629.

(15) THALLER et PERCEROU, I, n. 448.

(16) Cf. Bordeaux, 27 juill. 1898, *J. des soc.*, 1899, 308 ; cass., 16 déc. 1903, S., 1904. I. 303 ; 18 février 1903, D., 1904. I. 310.

(17) Cass., 17 août 1875, S., 76. I. 454 ; LYON-CAEN et RENAULT, II, n. 384 bis.

(18) JACQUET et VÉTILLARD, p. 698.

mainlevée s'incorpore dans un acte plus large qui a l'apparence d'une transaction, il peut, nous semble-t-il, radier, lorsque l'acte paraît répondre nettement aux besoins de la liquidation, à la condition toutefois qu'il ne soit pas en contradiction avec le sens qui se dégage de la convention ou du jugement définissant les pouvoirs du liquidateur (19).

Sinon, à moins que l'assemblée générale ne l'autorise à donner mainlevée, le conservateur fera bien de s'abstenir de radier une inscription hypothécaire garantissant une créance non soldée : le fait que les statuts accordent au liquidateur les pouvoirs les plus étendus suivant les lois et usages du commerce ne dispense, en aucune façon, le conservateur d'exiger qu'il se munisse des autorisations nécessaires ; car il n'est pas en mesure de connaître ces lois et usages (20). Mais, nous estimons qu'il ne conviendrait pas d'expliquer cette attitude en disant que le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration (C. civ., art. 1988). Il semble en effet difficile de soutenir que les rédacteurs des statuts aient visé, par l'expression « les pouvoirs les plus étendus », les seuls actes d'administration. Au cas où le liquidateur requerrait la radiation après l'expiration de son mandat, le conservateur, semble-t-il, radierait sans risques, si on avait spécialement désigné le liquidateur pour accomplir cet acte.

(19) Cf. Code civil, art. 1156 et suivants.

(20) JACQUET et VÉTILLARD, p. 698.

CHAPITRE IX

La radiation des inscriptions profitant aux sociétés étrangères

SECTION I. — LA NATIONALITÉ DES SOCIÉTÉS

En abordant l'étude de la radiation des inscriptions hypothécaires profitant aux sociétés étrangères, on ne peut manquer de se poser la question de leur nationalité (1). Tout d'abord, il faut bien s'entendre sur le terme de nationalité (2); il ne saurait s'agir évidemment d'assimiler les personnes morales à des individus. Il s'agit tout simplement de classer les sociétés, de les rattacher à une loi déterminée. Cela est d'ailleurs un problème difficile à résoudre et qui, suivant les cas, est susceptible de recevoir diverses solutions.

Mais il y a un critère qui semble le plus généralement

(1) Voir notamment sur cette question THALLER et PERCEROU, I, n. 764 et s.; THALLER et PIC, n. 2075; HOUPIN et BOSVIEUX, III, n. 2204. Voir également PIC, « *Le problème de la nationalité des sociétés* », *J. des soc.*, 1922, 417; PERCEROU, *Annales de droit commercial*, 1926, 5; MAZEAUD « *De la nationalité des sociétés* », *Journal du droit international privé*, 1927, 30.

Cass. req., 6 juill. 1914, *J. des soc.*, 1917, 79; 24 déc. 1928, S., 1929. I. 121, note NIBOYET; 17 juill. 1930, D., 1930. I. 163, note CAMERLYNCK; 12 mai 1931, D. H., 329. Rennes, 16 juin 1930, D., 1931. 2. 9, note CHAUVEAU.

(2) Voir étude de Monsieur NIBOYET, *Journal du droit international privé*. « *Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ?* » 1927, 402.

suivi. Ce n'est point celui qui incline pour la nationalité du pays qui fournit à la société son lieu d'exploitation. On ne s'en tient guère non plus à la nationalité du pays qui fournit à la société la majorité de son capital, ni à celle qui donne à la société ses membres directeurs. De tels critères ont le grave défaut d'être flottants et incertains. Si l'on s'arrêtait à l'un d'eux, les tiers auraient les plus grandes difficultés pour connaître la nationalité des sociétés avec lesquelles ils désiraient traiter. Il en résulterait une insécurité très préjudiciable aux intérêts mêmes de la société. Aussi s'en tient-on, en principe, au système qui veut que la société soit du pays où elle a fixé son domicile, son siège social ; ce siège est stable et apparent ; il est facilement connu des tiers.

C'est donc de ce critérium simple que doivent tenir compte les conservateurs et les notaires, tant au point de vue des règles de fond que des règles de forme. Ainsi, ils doivent, en principe, considérer comme françaises les sociétés ayant leur siège social en France. Nous disons « en principe » ; en effet, il arrive que, pour échapper au fisc et aux formalités, ou pour toute autre cause, les sociétés se donnent un domicile fictif. Aussi, s'il parvient à la connaissance du notaire ou du conservateur, par les pièces qu'ils se font déposer, tout un ensemble de faits de nature à leur faire présumer que la nationalité est autre que celle déterminée par le siège social, ils devraient prendre toutes mesures utiles pour faire préciser la nationalité réelle de la société.

SECTION II. — LA PRODUCTION DU CERTIFICAT DE COUTUME NE DISPENSE PAS DU DÉPÔT DE L'ACTE DE SOCIÉTÉ

Avec les sociétés étrangères, le conservateur agit de même qu'avec des individus étrangers; c'est ainsi qu'il leur réclame la délivrance de certificats de coutume (3). En effet, il vérifie les conditions de fond, la capacité et le consentement qui relèvent du statut personnel (C. civil, art. 3). C'est donc la loi étrangère qu'il faudra suivre en ce qui les concerne. Et comme il n'a pas à la connaître par lui-même, il se fait certifier ses dispositions et ses effets (4).

Les certificats de coutume sont délivrés en pays étrangers par des avocats français accrédités ou par les autorités. A Paris ils sont délivrés (5) par des juriconsultes étrangers attachés aux ambassades. Les consuls près desquels ils sont accrédités, procèdent à la légalisation des signatures, elles-mêmes certifiées par le ministre des affaires étrangères.

La production de certificats de coutume ne dispense pas de déposer l'acte de société conférant les pouvoirs et le pro-

(3) JACQUET et VÉTILLARD, p. 33 et 716; *J. des conservateurs*, 3529; *Revue hypothécaire*, 3551; voir aussi Paris, 10 février 1904, D., 1909. 2. 228, note PIC. Voir un exemple de certificat de coutume dans le *Journal du conservateur*, 11063.

(4) Le certificat de coutume attestera aussi la régularité de l'acte (JACQUET et VÉTILLARD, p. 18); pareillement il certifiera que la société dont s'agit est bien autorisée à fonctionner en France. Nous savons que sont astreintes à cette formalité les sociétés étrangères en commandite par actions soumises chez elles à l'autorisation, ainsi que toutes les sociétés anonymes (HOUPIN et BOSVIEUX, III, n. 2206; cf. D., 1911. I. 401, note PIC).

Ce que nous venons de dire s'applique aux sociétés en liquidation (Paris, 23 janv. 1889, S., 91. 2. 123).

(5) V. *J. des conservateurs*, 10923, 10829.

cès-verbal de la délibération portant nomination des gérants (6). En effet, les certificats de coutume donneront bien connaissance des conditions qu'il faut remplir pour avoir qualité, mais ils ne justifieront pas des pouvoirs. Une fois connues les règles auxquelles doivent se conformer les sociétés, il convient d'avoir la source des pouvoirs dont elles ont investi leurs organes, c'est-à-dire le pacte social et les délibérations nommant les administrateurs et leur donnant le droit de consentir mainlevée.

SECTION III. — DÉCISIONS DE JURISPRUDENCE

Eclairons et précisons ces notions à la lumière de quelques décisions.

A la date du 12 mars 1907, le tribunal civil de Pont-l'Évêque (7) rendit un jugement entre une société anglaise, qui déclarait renoncer à son inscription, et le conservateur des hypothèques de l'arrondissement qui s'était refusé à obtempérer à la réquisition. Il expliquait son refus par l'insuffisance des pièces produites. La société anglaise avait, paraît-il, donné une procuration et il n'y en avait d'autre justification que l'affirmation de sa régularité portée dans le certificat de coutume. Le tribunal reconnut justifiée la résistance du conservateur. Le dépôt de l'acte a pour lui d'autant plus d'intérêt, déclare le tribunal, « qu'il n'a pas été publié en France » et qu'il lui serait très difficile, sinon impossible de se le

(6) JACQUET et VÉTILLARD, p. 716, 717. Ces actes notariés étrangers doivent être légalisés par le consul (*J. des conservateurs*, 5982).
(7) *J. des conservateurs*, 6100; *Revue hypothécaire*, 3360.

« procurer ultérieurement, au cas où la validité de la radiation opérée viendrait à être contestée ». Il est même dit que le conservateur ne pourrait, sans engager sa responsabilité, se contenter d'extraits. En effet, il s'agit de sociétés étrangères et le recours contre l'individu ayant certifié l'extrait pourrait se trouver ou impossible ou illusoire.

Cette affaire fut portée en appel. La Cour de Caen (8), sans toutefois condamner le conservateur aux dépens, réforma le jugement et ordonna la radiation. Elle constate que tout est régulier. Non seulement la société a produit des certificats de coutume, mais elle a déposé les pièces établissant suffisamment les pouvoirs du mandataire.

Notre avis cependant est que « cet ensemble de documents », pour reprendre les termes mêmes de la Cour, n'établit pas la preuve complète (9). La Cour dit notamment : « On ne saurait, en présence de documents aussi précis (les « certificats de coutumes et la procuration), prétendre que la « production des statuts et des déclarations du conseil d'administration pourrait seule permettre d'apprécier... » Cette affirmation, nous ne pouvons l'admettre. Nous avons déjà vu, pour les sociétés françaises (10), que le dépôt des statuts est chose indispensable. Ce n'est pas en présence d'une société étrangère qu'il convient de se départir de cette élémentaire prudence. D'autre part, le certificat de coutume n'a pas, se-

(8) 17 déc. 1907, *J. des conservateurs*, 6196; *Revue hydrophtécaire*, 3465.

(9) Il faut une preuve complète et légale; (v. notamment BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n. 2616, *in fine*).

(10) V. *sup.*, p. 99.

Ion nous, à confirmer la régularité de la procuration. Autrement dit (v. *supra*, p. 221), il ne dispense pas d'apporter la preuve de la qualité. Il faut de toute évidence produire l'acte qui est la source même de la procuration : les statuts.

A ce propos, le *Journal des conservateurs* note ceci (11) : « Il est certain que toutes ces pièces avaient une véritable « valeur ». Cela n'est point suffisant si, et c'est le cas, elles ne font point la preuve. En tout cas, il n'y avait point là une question de fait, quoiqu'en dise le *Journal des conservateurs*. Il y a une question de fait quand, par exemple, il s'agit pour le conservateur d'interpréter une convention. Or, en l'espèce, l'arrêt n'interprète pas le pacte social, puisqu'il prétend sa production rendue inutile par l'affirmation catégorique du certificat de coutume. En somme, la cour paraît avoir oublié que ce qui importait, ce n'est pas tant la procuration que la source même du consentement, c'est-à-dire, les statuts. On ne peut, en principe, jamais se dispenser de leur production. Encore doivent-ils être passés devant notaire. De plus, s'ils sont écrits, ce qui doit être le cas, en langue étrangère, le conservateur doit demander qu'ils soient traduits par un traducteur juré. D'autre part, on a l'air de confondre le rôle de l'acte et le rôle du certificat de coutume. Ce dernier non seulement n'apporte pas la preuve notariée, telle qu'elle résulte de l'article 2158 du Code civil, mais encore il ne saurait constituer une preuve quelconque de la qualité. Dans le même ordre d'idées, nous avons vu (v. *supra*, p. 99, note 24) qu'un acte de

(11) 6196.

notoriété ne peut pas remplacer l'acte de société. Seul un jugement passé en force de chose jugée (C. civ. art. 2158) a, aux yeux du conservateur, la même efficacité.

Au contraire, nous souscrivons sans réserve au jugement rendu le 12 décembre 1922 par le tribunal civil de Lorient (12).

Une société anonyme hollandaise « La Banque générale de Crédit sur biens réels » avait été mise en liquidation et avait donné mainlevée sans constatation de paiement d'une inscription prise à la conservation de Lorient.

Le conservateur réclama, à l'appui de la mainlevée notariée, la justification notariée des pouvoirs du liquidateur, M. de Leeuw.

On ne lui apporta pas la preuve complète. On offrit au conservateur, en revanche, qui l'accepta, de faire ratifier la mainlevée par le conseil d'administration. Toutefois le conservateur exigea, pour vérifier la régularité de la constitution du conseil d'administration et des pouvoirs, la production de l'acte de société.

A cet effet, il fut dressé un acte devant notaire portant ratification, par le conseil d'administration, de la mainlevée. Mais une restriction insérée dans cet acte, à savoir que les administrateurs n'avaient pas entre leurs mains les actes visés dans la mainlevée, fut ce qui empêcha le conservateur de radier.

Aussi le jugement qui fut pris à la suite de ce refus, se

(12) *J. des conservateurs*, 8768.

garda bien de condamner le conservateur. Il déclara fort justement : « Que le conservateur des hypothèques n'était pas
« tenu, aux termes stricts des lois et règlements, de procéder
« à la radiation en l'absence d'une preuve complète, légale-
« ment rapportée, de la qualité et de la capacité du représen-
« tant de la société qui requérait la radiation ; qu'il n'a donc
« commis aucune faute engageant sa responsabilité ».

L'attitude du conservateur qui ressort de notre exposé, sans intransigeance, mérite toute notre approbation. De même, cet attendu est parfaitement fondé ; c'est la meilleure conclusion à ce chapitre.

Conclusion

Cette brève étude nous a conduit aux conclusions suivantes :

Le conservateur, avons-nous vu, est responsable dans les termes du droit commun, c'est-à-dire même s'il commet une simple négligence : il est donc de son devoir et de son droit de faire toutes recherches que lui permettent les moyens d'investigation dont il dispose, et d'exiger toutes les pièces que la loi prescrit ou plus exactement indique; l'article 2158, en effet, n'est pas impératif; on a pu soutenir qu'il ne fait pas une obligation; en tout cas, il apporte surtout une garantie. Libre au conservateur par conséquent de s'en passer, s'il estime être suffisamment éclairé par ses connaissances personnelles des parties et des circonstances de fait. Nous dirons même plus; alors, il doit avoir à cœur de faciliter la tâche des parties et du notaire.

La loi indique les deux points qu'il doit examiner : le consentement et la capacité. Sur le premier, le notaire lui fait sa tâche; il certifie l'identité, éclaire les parties, donne une forme à leurs volontés et confère au tout l'authenticité; un simple regard permet au conservateur de s'assurer de la régularité de tout cela.

Touchant à la capacité, son examen est bien plus délicat;

en matière de société, c'est de qualité qu'il faut parler ; le rôle du conservateur se résume alors à apprécier quelles justifications lui sont nécessaires et à étudier s'il ressort bien de ces justifications que le mandataire a les pouvoirs suffisants pour requérir radiation. Il y a là souvent des questions de qu'il résoud dans un sens ou dans l'autre, suivant les cas.

La production des pièces justificatives qui doivent, comme la mainlevée, être en la forme authentique pour assurer toute la sécurité du conservateur est, il faut le reconnaître, une source de difficultés et parfois de frais élevés, surtout en notre matière des sociétés (v. *supra*, p. 76, 113). En raison de la complexité de la chose, les divergences d'appréciation sont nombreuses et les pièces exigées souvent très diverses. Les administrateurs des sociétés qui ne comprennent pas toujours la raison des exigences des conservateurs s'impatientent et protestent, surtout quand la pièce notariée est difficile ou coûteuse à établir. Nous avons fait connaître notre sentiment à ce sujet au cours de cette étude, notamment en ce qui concerne les justifications de la constitution de la société, de la tenue des assemblées et à propos de la forme requise pour ces pièces.

Ce système de justifications est donc déplorable. Pourquoi n'aurait-on pas recours au système de publicité auquel les sociétés commerciales doivent se soumettre ? Il aurait l'avantage d'être peu coûteux et en même temps pratique, et pour les sociétés, et pour le conservateur. Il rendrait sans conteste le recours à la radiation très commode. En somme,

à la garantie qu'est l'authenticité nous voudrions voir substituer, celle certainement plus pratique, apportée précisément en matière de sociétés à tous les tiers, la publicité (1). Ainsi, on se passerait de l'obligation de recourir toujours aux notaires, ce qui est bien gênant parfois.

Tout serait parfait, certes, avec un tel régime si l'organisation de la publicité était bonne. Or, en cette matière, il y aurait préalablement bien des réformes urgentes à accomplir. Pourquoi ces dépôts dans de nombreux offices que les tiers, en ce qui concerne les sociétés de personnes, n'ont même pas le droit de consulter (2) ? Les tiers ont ainsi toutes les peines du monde à se renseigner, et les indications qu'ils arrivent avec peine à rassembler sont souvent éparses et fragmentaires, car ils ont à les rechercher dans les greffes des tribunaux de commerce et de paix, dans les journaux d'annonces légales et dans la notice du bulletin officiel.

Mais notre critique est vive surtout, à raison de l'observation des mesures relatives à la publicité des noms des gérants, administrateurs et directeurs, de leur démission et révocation. Il serait de la plus haute importance que les tiers

(1) Voici ce que dit M. MEYNIAL sous S., 93. I. 33 : « La publication des « statuts est exigée dans l'intérêt des tiers, de tous ceux qui peuvent « contracter avec la société ou les associés ; c'est-à-dire de tout le « monde... le but de la loi, quand elle introduit des formes de publicité, est d'arriver à un système tel que les tiers soient en pleine « sécurité en collectionnant les actes publiés. Elle veut qu'ils puissent arriver, indépendamment des engagements qu'on peut leur « opposer, à une certitude en quelque sorte automatique »...

(2) Arg. l. 24 juillet 1867, art. 63,

soient fixés à cet égard. On a bien proposé la création d'un Office national des sociétés où seraient centralisés tous les documents de publicité. Mais cette institution, qui imposerait aux sociétés un nouveau mode de publicité consistant dans le dépôt des pièces au Ministère des Finances, aboutirait à de nouvelles dépenses qui augmenteraient encore les frais déjà si élevés des constitutions de sociétés et de leur administration (3).

Plutôt que de compliquer encore cette publicité, ne vaudrait-il pas mieux en organiser une nouvelle, plus sûre, plus simple, plus pratique. Or justement, l'organisation du registre de commerce (4), introduit en France par la loi du 18 mars 1919, fait naître de grands espoirs. Cet instrument sert en Allemagne à renseigner les tiers d'une manière précise et efficace sur la situation des commerçants et des sociétés. Il pourrait devenir en France un moyen parfait de publicité et remplir, pour les fonds de commerce et les sociétés, le rôle du registre de transcription pour les immeubles. Mais il n'est pour l'instant que l'embryon de ce qu'il devrait être, et la raison en est que trop d'intérêts se sont trouvés opposés à son extension. Nous pensons que l'intérêt général prévaudra en cette ma-

(3) Cf. D. H., 1932, n. 17, chronique de M. H. LALOU « *Des modes de publicité des événements constitutifs ou modificatifs de l'état ou de la capacité des personnes* ».

(4) Institué par la loi du 12 mars 1919 (v. *J. Off.* du 19 mars) et complété par celles du 26 juin 1920 et du 1^{er} juin 1923. Il n'a pas encore pour effet de rendre opposables aux tiers les actes qui y sont consignés. Par ailleurs, les sanctions prévues sont insuffisantes (v. SAUVAGE, commentaire de la loi, *J. des soc.*, 1919, 97).

tière et que le registre du commerce recevra l'organisation qui lui permettra de jouer le rôle qui lui revient, notamment celui d'être la source de toute la publicité commerciale. Souhaitons donc l'adoption d'une telle réforme qui serait si féconde en heureux résultats.

Vu :

Le Professeur, Président de la Thèse,

J. LEPARGNEUR.

Vu :

Le Doyen,

H. NÉZARD.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie,

Président du Conseil de l'Université,

LOUIS MAIGRON.

Table des Matières

	Pages
<i>Index bibliographique</i>	7
<i>Introduction :</i>	
§ 1. — Les conservateurs des hypothèques	11
§ 2. — La radiation	12
§ 3. — Le rôle du conservateur	13
§ 4. — Le plan	14
§ 5. — Intérêt de cette étude	14
<i>PREMIÈRE PARTIE</i>	
LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA RADIATION. — LA RES-	
PONSABILITÉ DU CONSERVATEUR	17
CHAPITRE PREMIER	
<i>La Radiation</i>	19
Section I. — Définition	19
Section II. — Sa gravité	20
Section III. — Elle répond à un besoin	22
Section IV. — La radiation judiciaire et la radiation volontaire..	23
CHAPITRE II	
<i>Conditions de fond de la mainlevée</i>	25
Section I. — Le consentement	25
§ 1. — Qualités qu'il doit présenter	25
§ 2. — Il doit être exprimé dans l'acte de mainlevée ..	26
§ 3. — Le consentement du titulaire de l'inscription est nécessaire et suffisant	27
§ 4. — Précisions	28
Section II. — La capacité	28
§ 1. — Définition	28

	Pages
§ 2. — La capacité se présume	29
§ 3. — Quelle est la capacité exigée ?	30
1 ^{er} cas : mainlevée avec paiement constaté	30
2 ^e cas : mainlevée sans paiement constaté	31
Section III. — La qualité	32
§ 1. — Définition	32
§ 2. — Intérêt qu'il y a à la distinguer de la capacité	33

CHAPITRE III

<i>Raisons de l'intervention du notaire dans la mainlevée</i>	35
Section I. — Certains ont vu dans la mainlevée un acte solennel.	35
Section II. — L'opinion contraire prévaut	36
Section III. — Système transactionnel	37
1) Utilité de l'intervention du notaire dans les actes juridiques	37
2) Pourquoi la loi prescrit son concours en matière de radiation	38
1 ^{re} raison : intérêt du renonçant	38
2 ^e raison : intérêt du conservateur	40
Section IV. — Que se passerait-il, si une loi faisait au conservateur l'obligation de se contenter d'un acte sous seing privé.	41
Section V. — Conséquences découlant de l'opinion qui prévaut.	42
Section VI. — Pour les mêmes raisons, authenticité du mandat et des pièces justifiant de la qualité	43

CHAPITRE IV

<i>De la forme des pièces à déposer</i>	46
Section I. — Expéditions ou extraits	46
§ 1. — Intérêt des parties à ne produire que des extraits.	46
§ 2. — L'extrait littéral	47
§ 3. — Cette pratique est illégale	47
§ 4. — Conclusion	49
§ 5. — L'extrait analytique	50
Section II. — Pièces à déposer	50
Section III. — Dépôt ou représentation ?	51

CHAPITRE V

Pages

<i>Le conservateur, son rôle en matière de radiation</i>	54
Section I. — Il a un rôle actif, mais il n'est pas un juge	54
§ 1. — Son rôle actif ne ressort pas nettement des textes ..	54
§ 2. — Ainsi s'explique-t-on que la doctrine et la jurisprudence soient longtemps restées dans l'indécision..	57
§ 3. — Les pouvoirs du conservateur	58
§ 4. — Pourquoi il n'est pas et ne peut être juge	59
Section II. — Difficultés de fait et de droit	60
§ 1. — Difficultés de fait. Pourquoi il doit s'attacher à les résoudre	61
1 ^{re} raison : il est malaisé de dire si une difficulté est réelle	61
2 ^e raison : il est de par ses fonctions tenu de radier ..	61
3 ^e raison : en agissant ainsi, il méritera souvent, pour le cas où il se serait trompé, l'indulgence du tribunal	62
4 ^e raison : les tribunaux sont généralement favorables à son interprétation	63
§ 2. — Questions de droit	63
§ 3. — Quand le doute subsiste, il doit s'abstenir	65
§ 4. — De l'exonération des dépens	68

CHAPITRE VI

<i>Responsabilité du conservateur</i>	72
Section I. — Son fondement, sa gravité	72
Section II. — Ne serait-il pas préférable de confier au notaire la mission de vérifier les conditions de forme et de fond et partant de lui faire endosser la responsabilité ?	74
§ 1. — Raisons que l'on peut invoquer pour le système actuel	74
§ 2. — Réformes désirables	76
Section III. — Domaines respectifs du notaire et du conservateur	77

DEUXIÈME PARTIE

LES SOCIÉTÉS. — DE LA RADIATION DES INSCRIPTIONS
LEUR PROFITANT

81

CHAPITRE PREMIER

<i>Notions générales</i>	83
§ 1. — Complexité de la matière. Importance de la notion de qualité	83
§ 2. — Les textes	84
§ 3. — Sociétés civiles et commerciales	85
§ 4. — Sociétés de personnes et de capitaux	85
§ 5. — Plan de cette partie	86

CHAPITRE II

<i>La radiation des inscriptions profitant aux sociétés civiles</i>	87
Section I. — Les textes. Les gérants. L'acte de société	87
Section II. — La nomination des gérants	90
§ 1. — Le gérant nommé dans l'acte	90
§ 2. — Cas où le gérant n'est pas nommé dans l'acte....	91
§ 3. — Cas où il n'y a pas de gérant	92
Section III. — Cessation de leurs fonctions	92
§ 1. — Le gérant statutaire	92
§ 2. — Le gérant non statutaire	94
Section IV. — Etendue de leurs pouvoirs	96
§ 1. — Pour les connaître, il faut s'en rapporter aux statuts	96
§ 2. — De la clause donnant au gérant les pouvoirs les plus étendus	97
§ 3. — Compromis et transactions sont-ils permis aux gérants ?	98
§ 4. — Pièces à produire ; forme de ces pièces	99
Premièrement : pièces nécessaires	99
Deuxièmement : forme de ces pièces	101
Troisièmement : quid du gérant statutaire ?	102

CHAPITRE III

<i>La radiation des inscriptions profitant aux sociétés commerciales de personnes</i>	106
---	-----

	Pages
Section I. — Différence entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales en ce qui concerne la radiation	106
§ 1. — La transaction ; le compromis	107
§ 2. — Est-ce la seule différence ?	108
Section II. — Le conservateur n'a pas à vérifier l'accomplissement des formalités de publicité	109
§ 1. — Comment la question s'est posée	109
§ 2. — Motifs pour lesquels il n'a pas à s'inquiéter de la publicité	110
§ 3. — Réformes nécessaires	113

CHAPITRE IV

<i>Les mandataires des sociétés commerciales doivent justifier de leurs pouvoirs en la forme authentique</i>	117
Section I. — Position de la question	117
Section II. — Thèse de M. Houpin : la loi permet de présenter des pouvoirs sous seing privé pour la mainlevée comme pour la constitution	119
§ 1. — Il s'autorise des précédents et du but de la loi ..	119
§ 2. — Les délibérations seraient revêtues d'une sorte d'authenticité	120
§ 3. — Argument <i>a fortiori</i>	121
Section III. — Réfutation	121
§ 1. — De tout temps, les conservateurs ont exigé des pouvoirs authentiques	121
§ 2. — Le vrai but de la loi	122
§ 3. — L'expression une sorte d'authenticité n'a pas de sens	127
§ 4. — L'argument <i>a fortiori</i> ne tient pas.....	128
§ 5. — L'article 69 constitue une dérogation, il doit donc être interprété strictement	131
§ 6. — Autres arguments	132
Section IV. — L'arrêt de la Cour d'Aix	134
§ 1. — Position de la question	134
§ 2. — Le Gouverneur du Crédit foncier est-il vraiment un mandataire ?	135
Section V. — Conclusion	138

CHAPITRE V

Pages

<i>La radiation des inscriptions hypothécaires profitant aux Sociétés de capitaux</i>	141
Section I. — La vérification des formalités constitutives n'entre pas dans les fonctions du conservateur	142
§ 1. — Quelles sont ces formalités ? Leur raison d'être..	142
§ 2. — Le conservateur, soutient Boulanger, ne doit radier qu'autant que les sociétés s'y sont conformées	145
§ 3. — Critique	146
1 ^{er} point. — De l'examen de la sanction, il ressort que le conservateur n'a pas à se préoccuper de ces formalités	146
a) Le conservateur est un tiers	146
b) La société frappée de cette sanction n'est pas anéantie rétroactivement	148
c) D'autant plus que la sanction est protectrice des tiers	149
d) Autres motifs	150
2 ^e point. — C'est à cette même conclusion que nous amène l'examen du rôle du conservateur	152
a) La seule chose qui importe, la qualité	152
b) Aux yeux du conservateur, il suffit, pour son existence, que le nom de la société soit publié sur ses registres	154
c) La thèse combattue par nous repose sur une confusion des rôles du conservateur et du notaire	156
§ 4. — Conclusion	157
Section II. — Qui a pouvoir pour donner mainlevée ?	158
Section III. — La tâche du conservateur	161
§ 1. — Vérification des pouvoirs	161
§ 2. — Vérification de la tenue des assemblées	162
§ 3. — Simplification opérée par la pratique	163

CHAPITRE VI

<i>La radiation des inscriptions profitant aux sociétés à responsabilité limitée</i>	165
--	-----

	Pages
Section I. — Pourquoi a-t-on créé cette nouvelle forme de société ?	165
Section II. — Règles constitutives	167
Section III. — Administration de ces sociétés	167
Section IV. — Les pouvoirs des gérants, le procurisme	169
Section V. — On ne peut appliquer cette théorie au conservateur	172

CHAPITRE VII

<i>La radiation des inscriptions profitant aux sociétés civiles d'obligataires</i>	176
Section I. — La question de la validité de ces sociétés	176
§ 1. — Elles sont nées parce qu'elles répondaient à un besoin	176
§ 2. — Elles sont inorganisées. Fraudes auxquelles elles sont exposées	179
§ 3. — Conditions pour que les obligataires soient liés par le contrat	182
§ 4. — Conditions pour que les obligataires soient liés par les actes du groupement	184
Section II. — La plus grande prudence est recommandée aux conservateurs requis de radier	186
§ 1. — Le risque est grand	186
§ 2. — Controverses, décisions inquiétantes	186
§ 3. — La facilité des fraudes	188
§ 4. — Les tribunaux exonèrent entièrement les conservateurs qui refusent la radiation	190
Section III. — Les conservateurs ne doivent plus se cantonner dans un refus systématique	191
§ 1. — Ils ne peuvent plus fonder le refus de radier sur la nullité des groupements d'obligataires	191
§ 2. — Les décisions des tribunaux ne varient-elles pas suivant que les obligataires ont ou n'ont pas tiré parti de la délibération incriminée ?	196
§ 3. — Les sociétés civiles d'obligataires et la personnalité morale	199

	Pages
§ 4. — La majorité peut-elle lier la minorité ?	202
§ 5. — Analyse des principaux jugements rendus en matière de radiation	207
§ 6. — Conclusion pratique	212

CHAPITRE VIII

<i>La radiation des inscriptions hypothécaires des sociétés en liquidation</i>	214
Section I. — Causes de dissolution	214
Section II. — Le liquidateur	215
Section III. — Les pouvoirs	217

CHAPITRE IX

<i>La radiation des inscriptions profitant aux sociétés étrangères</i>	219
Section I. — La nationalité des sociétés	219
Section II. — La production du certificat de coutume ne dispense pas du dépôt de l'acte de société	221
Section III. — Décisions de jurisprudence	222
<i>Conclusion</i>	227

